



الأعمال الكاملة  
للمرحوم أحمد إبراهيم بك

# الْإِنْزِمَاتُ

في الشَّرع الإسلامي

(٢)

أحمد إبراهيم بك



الأعمال الكاملة  
للمرحوم أحمد إبراهيم بك

(٢)

# الإلزامات في الشرع الإسلامي

أحمد إبراهيم بك

توزيع  
دار الأنصار  
٨١ ساحة ستانفورد  
عمان ٩٣٧٨١



الله وحده هو المستعان

## بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وعلى جميع  
رسل الله (وبعد) فهذه مذكرة في بيان الالتزامات وما يتعلق بها من  
الأحكام كتبتها بآديء ذي بدء لطلاب دبلوم الشريعة وطلاب القانون  
الخاص بقسم الدكتوراه ، بكلية الحقوق بجامعة فؤاد المصرية . وهذا  
هو العرض الأول لمسائل الالتزامات مجموعة ومرتبطة بعضها ببعض  
ارتباطا ينظمها ويرد كل شيء الى أصله . وأرجو أن يكون العرض  
الثاني لها أحكم وضعاً وأتقن صنعاً وأحسن نظاماً وأوفى بياناً من هذا  
العرض الأول السريع . ومن الله وحده استمد المعونة فهو حسبي  
وكني .

ذو الحجة سنة ١٣٦٣ هـ

ديسمبر سنة ١٩٤٤ م

أحمد إبراهيم

# الالتزامات في الشرع الاسلامي

## مقدمة

### في التعريف بالشرع الاسلامي

١ - هو أحكام كلية عامة تتناول كل ما تتناوله القوانين الوضعية من تنظيم شؤون الناس في معاشهم وارتباطاتهم القانونية وتقرير الأمن ودفع الظلم وتطهير الأرض من الفساد بالقدر المستطاع على حسب الاستعداد البشري . ويزيد الشرع الاسلامي على تلك القوانين بما يهذب النفوس ويزكيها ويحفظ العقل البشري ويصونه من كل ما يؤوفه فانك إنما تجد القوانين الوضعية تقف عند حدود تنظيم الحياة المادية وتترك كل انسان حراً طليقاً في شؤونه الخاصة التي لا تضر بغيره - إلا في حالات خاصة تقضى بها الظروف أحياناً - توجب الشرع الاسلامي يسرى بروحه الطيبة وما احتواه من الاخلاق الانسانية العالية والفضائل السامية ومراقبة الانسان ربه في كل أعماله وحركاته وسكناته سرّاً وجهرّاً في جميع نصوصه مما يسمو بالانسان إلى حياة روحية سامية تليق بمستواه الانساني فوق حياته المادية وبذا يكون إنساناً كاملاً تربطه بغيره المروءة والرحمة والاحسان فوق العدل وتسرى في معاملاته مع غيره روح التسامح والأخوة والعطف والمحبة .

لذا كان مضمونا للشرع الاسلامى بمقتضى طبيعته تلك التى بيناها  
أن يكون شرعا أبديا عاما . لأن الناس مهما أبعدهم الأهواء عندنا  
فهم عائدون اليه عود الطفل إلى أمه الرؤوم متى أجسوا بسوء ما صاروا  
اليه وتبين لهم الخطأ فى انحرافهم عنه .

٢ - نصوص الشرع الاسلامى بعضها فى الكتاب وبعضها فى  
السنة فهى وحدة مؤلفة من مجموعتين : وقد نمت كتابها قبل أن ينتقل  
الرسول إلى الرفيق الأعلى - اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم  
نعمتى ورضيت لكم الاسلام ديناً .

فاما المجموعة الأولى وهى نصوص الكتاب فقد حفظت كلها  
بكتابة القرآن وقد حماها الله تعالى من أن يضع منها شيء ( انا نحن  
نزلنا الذكر وانا له لحافظون )

وأما المجموعة الثانية وهى نصوص السنة فلم يتم جمعها والنظر فى  
سند كل منها والفحص عن رجاله من حيث العدالة والثقة والحفظ وبذل  
كل ما يلائم لذلك من مجهود تمنوه له جبايرة العقول وينوء حمله بالعصبة  
أولى القوة من الباحثين الجادين والمنقبين الدائبين المخلصين - إلا فى  
القوت الثالث كما يظهر لك ذلك بالرجوع إلى موسوعاتها ودواوينها  
فجزى الله رجال الحديث خير الجزاء ورضى الله عنهم أجمعين .

وبذا تدوركت المجموعة الثانية بالحفظ بعد أن خضت من جميع  
نواحيها ومحضت أى تمحيص وغربلت ونقحت وهذبت أى تهذيب .

٣ - وقد كان الأمر قد احتاج إلى استنباط أحكام بطريق الاجتهاد  
وقد تَكَارَتْ بتكاثر الحوادث واتساع رقعة البلاد الاسلامية وقد بدأ

ذلك من أول عصر الخلفاء الراشدين وصارت تلك الاحكام المستنبطة  
مجموعة عقائمية فوجب ضئها إلى مجموعتي النصوص وصارت شرعا في  
نظر الائمة المجتهدين الذين استنبطوها ومن اقتدى بهم سواء أفلنا ان  
كل مجتهد مصيب أم قلنا ان المصيب واحد له أجران ، والمخطيء له  
أجر واحد لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها . وان في نصوص  
الكتاب والسنة العامة والخاصة لتسعا لهذا الاستنباط توفيق الله  
تعالى ونعمته .

٤ - غير أنه يلاحظ أن دور الاجتهاد العظيم قد انتهى في منتصف  
القرن الثالث ب وفاة الامام أحمد سنة ٢٤١ وقد تكونت المذاهب  
الأربعة وصار لكل امام أصحاب وأتباع يحافظون على مذهبه  
ويحوظونه بعنايتهم ويدافعون عنه ويعملون له كيانا خاصا إمتاز  
به عن غيره وكذا غير هذه المذاهب الأربعة المشهورة مما ظهر في  
ذلك الوقت .

٥ - والحاصل أن المذاهب الفقهية قد تمت بحوث أصحابها قبل  
أن يتم تحميم مجموعة السنة على ما سلفنا .

ولذا أرى أنه كان من الواجب الا يبت في شيء نهائيا إلا بعد  
عرضه على المجموعة الشرعية بعد تمامها واعادة النظر فيها على ضوء  
مجموعة السنة بعد تحميمها وغربلتها وبناء التعديلات في كل مذهب  
على أسس من منطق الفقه الصحيح والشرع القويم . وان يكون  
رائد الجميع في ذلك الوصول إلى الحق والأرجح والراجح . إذا يكون  
الشرع الاسلامي بمجموعاتها الثلاث وحدة قوية متينة الأساس يمكن



أن ينظم منها قانون شرعى عام آمن وأحكم من ذلك الفقه المتفرق فى مذاهب المجتهدين .

لكن اتباع هذه المذاهب لم يفعلوا شيئا من ذلك، بل اجتهد كل فريق منهم فى تأييد مذهب امامه بكل ما أوتى من قوة وبالغ بعضهم فى الثقة بامامه وأصحاب امامه إلى ما أفقد قائلهم الصواب فى بعض ما يقول وكان ذلك تحت تأثير ظروف خاصة وتوجيهات واتجاهات غير موفقة .

٦ - وإذا كان هذا قد مضى وفات لأمر أراد الله فإنا كان ينبغى أن يفوت أولياء أمور المسلمين والمسؤولين أمام الله تعالى عن الامانة التى ائتمنهم عليها ماذا فعلوا بها أن يطلبوا الى فقهاء منهم وضع قانون شرعى عام يرجع اليه فى الحكم بين جميع المسلمين فى جميع شؤونهم التى تدعو الى التقاضى وتنظم أمور معاشهم وارتباطاتهم القانونية مع مراعاة تغير الأحوال وتقلبات الظروف . وان يترك ما وراء ذلك من شؤون العبادات ومسائل كل انسان فى خاصة نفسه يرجعون فيه إلى مذاهب الفقهاء . كل بحسب ما تطنن اليه نفسه . وإذا كان قد جاز أن يؤخذ برأى امام مجتهد واحد فى الفتيا والقضاء أفلا يجوز بالأولى الاخذ بأراء جماعة من الأئمة المجتهدين مجتمعون كلجنة فى وضع هذا القانون . ولقد حكى الجلال السيوطى أنه أدرك فى مصر سبعين من المجتهدين أقل تمكن تكفى هذه الهيئة لوضع مثل ذلك القانون بعد رسم الخطة لهم . لاشك أن هذا اعمال مسؤول عنه أولياء الأمور والفقهاء جميعاً أمام ربهم ، لا أمام أئمة مذاهبهم .

ولئن فات هذا الأمر من سبقونا انه لا ينبغي أن يفوتنا ، ولعل الباقي من أجل الدينأ أطول مما مضى . فقد صارت مستندات الشريعة كلها ومراجعها وما قيل من كل ما يخطر بالبال من تأويلات النصوص ماثلة أمام أعيننا وبين أيدينا وأهل الفقه والعلم متوافرون والحمد لله تعالى وفي الامكان استقاء كل القوانين الشرعية على اختلاف موضوعاتها من ذلك المعين الذي لا ينضب ، ووضعها موضعاً سليماً على أساس من منطق الفقه سليم وبناء من منطق العقل صحيح لاتناقض في تكوين مسائله ولاضعف ولا وهن فيه . ولا عذر لنا اليوم في ألا نقوم بهذا الآن على الوصف الذي وصفت والقول الذي شرحت .

٧ - ان في نصوص الكتاب والسنة ما يفتح الطريق وينير السبيل في كل زمان ومكان لكل فقيه موفق الى التماس ما فيه الصالح والاصلاح لتنظيم قوانين شرعية تفي بمطالب الناس في أمور معاشهم وتنظيم علاقاتهم وإقامة العدل بينهم . قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » وقال : « ما جعل عليكم في الدين من حرج » وقال « هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً » وقال « وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض » وقال « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وإيتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » وقال « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » وقال « قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق » وقال « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان » وقال « وأمرهم شورى بينهم » وقال « كنتم خير أمة

أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله»  
وقال «ولا تنسوا الفضل بينكم» وقال «ويؤثرون على أنفسهم ولو  
كان بهم خصاصة» ومن يوق شح نفسه فاولئك هم المفلحون» وقال  
«يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود» وقال «وليوفوا بنذورهم» وقال  
«فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا أثم عليه»

وجاء في السنة : لا ضرر ولا ضرار . إن هذا الدين يسر ولن يشاد  
الدين أحد إلا غلبه . أحب الأديان إلى الله الخفيفة السهلة . يسروا  
ولا تمسروا وبشروا ولا تنفروا . إنما أنا بشر مثلكم إذا أمرتكم  
بشيء من أمر دينكم فخذوا به وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فاعمالنا  
بشر . أنتم أعلم بأمر دنياكم . دع ما يريبك إلى ما لا يريبك . ادرءوا  
الحدود بالشبهات .

٨ - وقد تنبه فقهاؤنا قديما إلى أن تصرفات الناس في أقوالهم  
وأفعالهم نوعان ؛ عبادات يصلح بها دينهم ، وعادات يحتاجون إليها  
في دنياهم . وباستقراء أصول الشريعة تبين أن العبادات التي أوجبه الله  
أو أباحها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع فالهـم ثبت أنه مأمور به لا يحكم  
بأنه عبادة . وأما العادات ؛ فالأصل فيها عدم الحظر فلا يحظر منها إلا  
ما حظره الله ورسوله وذلك بالنهي ، فالـم ينه عنه فهو مباح . راجع  
التنصوص المذكورة آنفا

٩ - وقد كتبت في التمهيد الثاني من مقدمة كتابي في الوقف  
جملة صالحة في ذلك ؛ أرى من المناسب ذكرها هنا وهي :  
الأحكام الشرعية إما أن ترجع إلى العبادات كالصلاة والصوم

وأما أن ترجع إلى العادات المتعلقة بالشؤون الدينية ، ومنها المعاملات  
فما كان من العبادات وجب أن يوقف فيه عند حدود ما جاءت به  
النصوص ؛ وذلك لأن العبادات حق للشارع سبحانه وتعالى خاص به ،  
ولا يمكن معرفة حقه كما وكيفاً وزماناً ومكاناً إلا من جهته ؛ فيأتي به  
العبد على ما رسم له ، ولأن غلام أحدنا لا يعد مطيعاً عندما له إلا إذا  
امتثل ما رسم له سيده وفعل ما يعلم أنه يرضيه ، فكذلك هذا .  
ولا طريق لمعرفة ما تعبدنا الله به إلا من طريق الوحي على لسان  
رسوله .

وأما ما كان من شؤون الناس في أمور معاشهم في هذه الحياة  
الدنيا ، وعلاقات بعضهم ببعض وسائر ارتباطاتهم في معاملاتهم  
القانونية فأساسه المصالح الرسالة النبوية على قوله ﷺ « لا ضرر  
ولا ضرار »

ومصالح المكلفين في حقوقهم التي منحهم الله إياها ؛ فضلاً منه  
ونعمة عليهم ، وقد كفلها لهم بشرعه العادل الحكيم ؛ لطفاً منه  
ورحمة بعباده .

وقد بين ذلك كله رسول الله ﷺ بكلمته الجامعة « لا ضرر  
ولا ضرار » .

على أنه إذا خالف المصلحة النص أو الاجماع في وقت من الاوقات  
أو حادث من الحوادث أو ظرف من الظروف وجب تقديم رعايتها  
عليهما ، لا بطريق الاقتيات عليهما والتعطيل لهما ، بل بطريق التخصيص  
والبيان لهما .

ومن أجل ذلك خصص الفقهاء النص بالتعامل وقرروا بناء الأحكام على العرف . وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في أثناء كلامه على الفرد المنهى عنه وبيان أحكامه <sup>(١)</sup> ان تحريم ما تدعو اليه الحاجة أشد ضررا من ضرر كونه غررا - والضرر الأدنى يتحمل لدفع الضرر الأعلى - وقال ان رسول الله ﷺ قدم مصلحة جواز البيع الذى يحتاج اليه على مفسدة الفرد اليسير كما تقتضيه أصول الحكمة . ثم قال : كل ما احتاج الناس اليه في معاشهم ولم يكن سببه معصية هى ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم فى معنى المضطر الذى ليس بياغ ولا عاد . وان كان سببه معصية كالسافر سفر معصية اضطر فيه الى أكل الميتة ، والنفق للمال فى المعاشى حتى لزمته الديون فانه يؤمر بالتوبة ويباح له ما يزيل ضروره . فيباح له الميتة ويقضى عنه دينه من الزكاة . وان لم يتب فهو ظالم لنفسه : قال وهذه قاعدة عظيمة يخرج بها الانسان من الضيق والخرج اذا قضت ضرورة الناس وحاجاتهم فى معاملاتهم وكل شؤون معاشهم فانه لا يحرم عليهم ارتكاب ما اضطروا اليه ولا فعل ما احتاجوا اليه ما لم يؤد الأمر الى ارتكاب ما هو أعظم ضررا وأشد خطرا . وبالجملة فان معاملات الناس

---

(١) الفرد هو المجهول العاقبة فى البيع كبيع الفرس الشارد فان صاحبه إنما يبيعه خاطرة فيشتريه المشتري بدون ثمن بكثير فان حصل له قال البائع قررتى وأخفت مالى بشئ قليل ، وإن لم يحصل له قال المشتري للبائع قررتى وأخفت الثمن بلا مقابل له . ومن الفرد أيضا بيع ما سوجد ، وربما لا يوجد كنتاج الحيوان المستعمل .

يجب أن تسير ولا تعطل ويرتكب أخف الضررين إذا كان لا بد من أحدهما .

ومما بنى على معاني النصوص إسقاط سهم المؤلفات قلوبهم ، وتقرير الخراج - وهو فقه دقيق جدا وفق اليه عمر بالهام الله وهدايته . ومن ذلك أمره بعدم قطع يد السارق عالم المجاعة ، وحكومته بتضعيف الغرامة وعدم الحد في قضية غلمان ابن أبي بلتعة .

( يوضحه ) أن الشريعة الاسلامية عامة أبدية ، وعلى هذا أجمعت الأمة كلها ، وأنها كذلك مبنية على العدل واليسر والرحمة بعباد الله وإذ كان الأمر كذلك وجب أن تكون أحكامها مراعى فيها مصالح الناس في كل شؤون معاشهم في كل زمان ومكان على أساس المصلحة الراجحة . فان قيل ان الشرع أعلم بمصالح الناس فلتؤخذ الاحكام كلها من نصوصه قلنا ان هذا مسلم في العبادات التي تحفى مصالحها عن مجارى العقول والعادات . وأما ما يتعلق بأموال المعاش فلا شك ولا ريب أن الشارع العليم الحكيم أعلم بمصالح الناس منهم بها ، لكنه سبحانه وتعالى فضلا منه ورحمة قد جعل لهم طريقا الى معرفة مصالحهم وقد بينها لهم النبي ﷺ بقوله « لا ضرر ولا ضرار » وبهذا أصبحت مصالح الناس وما يأسون به معلوما لهم بحكم المادّة والعقل بقياس الضرر والنفع ورجحان أحدهما على الآخر ونصوص الشريعة عامها وخاصها أصدق شاهد على هذا

وبالجملة فأحكام الدنيا ينبغي أن تبنى على رعاية المصالح التي تظهر لنا بالتجارب والمادة مع الاحتكام إلى العقل والاصول الكلية للشرع .

وعلى هذا الأساس تبنى القوانين الشرعية الدينية  
وأما العبادات فالأمر فيها حلة وتفصيلاً أما هو لمن نعيدها بها .  
فوجب علينا أن نقف عند نصومه فيها هـ . زيادة وحذف وبعض  
تغييرات جزئية . وانظر رسالة المصالح المرسله لنجم الدين الطوفي  
١٠ - الجدل بين الفقهاء بقدر ما حمل لنا من تمسفات ومكابرات  
والتواءات في الجدل عن المذاهب المختلفة ؛ كل مجادل عن مذهبه  
بالحق والباطل تعصباً له ولو تبين له أن الحق في جانب خصمه ، عنادا  
ومكابرة - هو كذلك قد احتوى على حسنات وفوائد بحمله كل  
مجادل على البحث بأقصى ما في وسعه في أدلة الشرع والعقل عما ينصره  
على خصمه . وقد فتح الفقهاء بهذه المحاولات الدائبة وذلك النشاط  
المعظم طرفاً يظل بها الفقه حياً دائماً ؛ ويظهر الحق بقوته من خلال  
أقوال المتجادلين يراه المطلعون الفاهمون من غير التعمصين ويعلمون أنه  
ليس وراءه حجة يقولها قائل أو يتوهمها متوهم  
فاذا قال متعنّت بعد ذلك ؛ لعل لآمام مذهبنا وأصحابه دليلاً  
لا نعلمه بعد البحث والتنقيب ؛ وما علينا إلا أن نتبع النقول عنهم  
ولن لم يظهر لعقولنا  
فيل له هذا لا يقال في حق إمام مذهب فقهي يخطئ . ويصيب  
فيما يقول وأما يقال في حق نبي مرسل بوحي عن ربه لا يجوز عليه  
الخطأ فيما يبلغه عنه لأنه معصوم .  
وبعد فقد ترك لنا أسلافنا من الفقهاء تراثاً عظيماً وكنوزاً ثمينة  
نتيجة مناظراتهم وفتاويهم واقضيتهم وتناج أفكارهم مانسبعت عليه

وفيه الغناء لنا وان من الجهل به أن نمد أيدينا الى غيرنا من الاجانب  
نقتبس الفقه منهم ، وعندنا ماهو خير مما عندهم بكثير كما يظهر ذلك  
بالمقارنة وقد شهد بذلك العلماء المتصفون منهم .

١١ غير أبي لأترك فقهاءنا من المؤاخذة باشتغالهم بما كان لا ينبغي  
لهم أن يلتفتوا اليه ولا أن يضيعوا شيئا من الوقت فيه من البحوث  
التافهة والجدل في المسائل التي ما كانت لتخطر ببال أحد من الناهي  
لولا أنهم هم الذين أخطروها بتخلياتهم بما يترفع عنه الشرع الحكيم  
ومن أمثال ذلك ما يقولونه فيما يقع به الطلاق من الالفاظ . رأسك  
طالق ، وجهك طالق ، ثلثك طالق ، أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقه ،  
انت طالق طلقه كالجيل ، كالسمسة الخ بل كان الواجب أن يكون الفقه  
كله جديا منظورا فيه إلى الناحية الاجتماعية والخلقية في كل شيء  
ولاسيما في الزواج الذي تتكون به الاسرة والطلاق الذي ينحل به  
رباط الزوجية ، ولعل هذا بتدارك فيما بعد وتنقى الكتب الفقهية  
من كل بحث تافه غير جدي ، والقرآن الكريم وهدى الرسول الاعظم  
خير قدوة لنا في ذلك .

١٢ - قال في كتاب الفتوى في الاسلام نقلا عن كتاب المؤمل في الرد  
إلى الأمر الاول ، للامام أبي شامة : كان الصحابة إذا نزلت بهم التازلة  
بمحتوا عن حكم الله تعالى فيها من كتاب الله وسنة نبيه ، وكانوا يتدافعون  
الفتوى ويود كل منهم لو كفاه إياها غيره . وكان جماعة منهم يكرهون  
السكلام في مسألة لم تقع ويقولون للسائل عنها أ كان ذلك ؟ فان قال لا  
فلو ادعه حتى يقر ثم يجتهد فيه . كل ذلك يفعلونه خوفا من الهجوم



على ما لا علم لهم به ، واشتغالا بما هو الالم ، فاذا وقعت الواقعة لم يكن لهم بد من النظر فيها ا هـ .

أقول وقد كان هذا التحرج شأن جماعة من التابعين كذلك . حتى إذا اتسعت دائرة الفقه اضطر الفقهاء إلى التفريعات بحسب أخيلتهم لكن ما كان ينبغي أن يصل الامر الى مثل ما أسلفنا : بل الى ما هو أبعد وأغرب منه ، بل كان يجب أن يقف عند حد ماجرت العادة بوقوعه من الناس فعلا ، لانتوهما وتحجيلا .

١٣ - وبعد فقد ترك الفقهاء من مجهوداتهم المحمودة مجموعة من القواعد الفقهية يستعين بها الناظر في الفقه وفي مقاصده وغاياته . ومنها ما يجب الاخذ به حتما ، ومنها ما يسترشد به ومنها ما دون ذلك . وهالك بعض كتب تلك القواعد وفيها من الفروق والاشباه والتظاير بما هو مطبوع وموجود بين أيدينا بكثرة .

١ - كتاب قواعد الاحكام في مصالح الانام للشيخ عز الدين عبد العزيز ابن عبد السلام الشافعي المتوفى سنة ٦٦٠ هـ وهو مطبوع بمصر سنة ١٩٣٤ م . وهو كتاب نفيس جدا في القواعد الشرعية العامة التي تبني عليها الاحكام . وقد صدره مؤلفه بأن الشريعة مبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد ، واستوفى الكلام في ذلك اسم استيفاء . وقال فيه صاحب كشف الظنون انه ليس لأحد مثله .

ب - كتاب الفروق لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن ادريس المالكي المتوفى سنة ٦٨٢ وقد طبع بتونس ثم طبع بمصر سنة ١٣٤٧ هـ ومعه حاشية ابن الشاطو هي حاشية مفيدة جدا أصلىح بها الكتاب

خير اصلاح وكتاب تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار  
الفقهية : فتكونت منها مجموعة نافعة جدا في القواعد الفقهية .

ج - كتاب القواعد للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب  
الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ وقد طبع بمصر سنة ١٩٣٣ م . وهو من  
الكنوز الفقهية الثمينة .

د - كتاب الاشباه والنظائر للامام جلال الدين عبد الرحمن بن  
أبي بكر السيوطي الشافعي المتوفى بمصر سنة ٩١١ هـ وقد طبع بمكة  
سنة ١٣٣١ هـ

هـ - كتاب الاشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن نجم الحنفي  
المتوفى سنة ٩٧٠ الفه ورتبه على مثال كتاب السيوطي كما يظهر بالمقارنة  
بينهما وقد طبع عدة مرات ومن أم شروحه حاشية السيد أحمد  
الحوي عليه .

هذا - وقد بلغني أن لبعض فقهاء الشيعة الأمامية المعاصرين  
لنا كتابا ممتعا في القواعد الفقهية وهو مطبوع ولكن لم أظفر بنسخة  
منه فاطلع عليه على أن في مكتبتى كتابا مطبوعا في بلاد فارس في  
القواعد الفقهية .

وقد جاء في كشف الظنون أن للامام نجم الدين الطوفي الحنبلي  
صاحب رسالة المصالح المرسله المتوفى سنة ٧١٦ هـ كتابا في القواعد الفقهية  
قال عنه أنه كتاب نافع من عجائب الدهر . وأنا لم أر هذا الكتاب  
لامكتوبا ولا مطبوعا وبالتنا نظفر بنسخة منه .

## معنى الفقه

١٤ - الفقه في اللغة معناه الفهم ، تقول فقه فلان المسألة ( بكسر القاف ) أى فهمها وفقه ( يضم القاف أى صار الفهم ملكة له ولذا يقولون فلان فقيه النفس أى له ذوق فقهي بالملكة لا بالصناعة . ويطلق الفقه على الفطنة والحدق . ومنه سمي ذلك العلم المعروف لأن معاني النصوص تستلزم فهما دقيقا وفطنة وحنقا وكما تفاوتت في ذلك الأفهام . وقد حكوا من ذلك في فقه بعض الصحابة في فهم النصوص الشرعية المجبب المعجائب كما قال ابن الرومي .

وخبر الفؤاد يعلمه العاقل قبل السماع بالإيمان  
وظنون الذكي أنفذ في الحق سهاما من رؤية الأغبياء  
ومعنى الفقه في الاصطلاح - العلم بالأحكام الشرعية العملية المستفاد من أدلتها التفصيلية . فالشرع نصوص نزل بها الوحي . والفقه علم بمعاني تلك النصوص وطرق الاستنباط منها . وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد يحتاج فيه إلى النظر الدقيق والتفكير العميق . ولذا لا يجوز أن يسمى الله فقيها لأن علمه أحاط بكل شيء . ولا يسمى العلم بالنصوص الشرعية القطعية الثبوت والدلالة فقهيا لأنها لا تكلف الناظر أى عناء لمعرفة المراد منها ، والناس كلهم في فهمها سواء

١٥ - والمراد بالأحكام الوجوب والحرمة والتنبه والكرهية والاباحة ، والصحة والفساد . والمراد بالشرعية أى الموقوفة على خطاب الشارع ، ولاندرك بدونه ، وطريق معرفتها الوحي : والمخبر لنا بذلك

هو الرسول . والمراد بالعملية أى المتعلقة بالافعال دون العقائد سواء  
أ كان الفعل من عمل الجوارح كاليد واللسان أم كان من عمل القلب  
كالنية . ولأدلة جمع دليل وهو ما يعرف به الشيء بطريق دلالة عليه  
والمراد بالتفصيلية النصوص الدالة على نفس الحكم مباشرة دلالة كلية  
كقوله تعالى « أقيموا الصلاة » على وجوب الصلاة وقوله « حرمت  
عليكم أمهاتكم » على حرمة الزوج بالامهات .  
والناظرات بين الفقهاء إنما تكون فى الفقه أى فى فهم النصوص  
الشرعية ، وكذا القواعد الكلية إنما تبنى على هذا الأسس .

# تعريف الالتزام

وبيان مصادره



## تعريف الالتزام

وبيان الملتزم به والملتزم له وما يتصل بذلك

---

### تعريف الالتزام

يطلق الالتزام عندنا بطريق الاشتراك على أحد معنيين ، معنى خاص ، ومعنى عام .

فتعريفه بمعناه الخاص هو إيجاب الإنسان شيئا من المعروف على نفسه مطلقا أو معلقا . ولا يتم إلا بالحياة ، وتبطله الموانع قبل الحياة على ما سنبينه فيما يلزم من العقود بالارادة المنفردة . وهو عام في جميع التبرعات على مذهب مالك .

وتعريفه بالمعنى العام - وهو المراد هنا - إيجاب الإنسان أمرا على نفسه اما باختياره و ارادته من تلقاء نفسه ، واما بالزام الشرع إياه فيلزمه لأن الشرع الزمه به ، امتثالا و طاعة لأمر الشرع وعرف الالتزام في الفقه القانوني بأنه حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . أقول ان القيام بعمل هو ابراز شيء من حيز العدم إلى حيز الوجود ، وان الامتناع عن عمل يراد به كف النفس عن إيقاعه اذا همت به - والكف فعل أيضا .

ومآل التعريفين شرعا وقانونا واحد لأن الالتزام على كليهما لا يخرج عن كونه فعلا إيجابيا أو كفا .

وسمى الالتزام في القانون المدني المصري بالتمهد ، جاء في المادة (٩٠) أهلى ( ١٤٤ ) مختلط مانصه ( التمهيد هو ارتباط قانونى الفرض منه حصول منفعة لشخص بالزام التمهيد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه) ، واعترض على هذا التعريف بأن معنى التمهيد أخص من معنى الالتزام لأن لفظ التمهيد يفهم منه التزام مصدره العقد ، وعلى ذلك يكون التعريف غير جامع .

وأقول انه يمترض على هذا التعريف أيضا بأنه جاء فيه كلمة (التزام التمهيد) ومعرفة التمهيد متوقفة على معرفة التمهيد ، وهذا عيب فى التعريفات : وتراجع كتب المنطق . ويمترض عليه أيضا من جهة اللغة بأن لفظ التمهيد لم يستعمل فى اللغة مرادا به الالتزام ، وإنما هو استعمال مولى .

وعرف فى القانون الفرنسى ضمن تعريف العقد فى المادة (١١٠١) بأن العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر لشخص أو أكثر باعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل . ولوحظ على هذا التعريف أن كلمة ( اعطاء شيء ) يستغنى عنها بكلمة ( القيام بعمل ) وهذه ملاحظة فى عملها لأن الثانية أعم من الأولى

وكل التزام يستلزم وجوده وجود ثلاثة أشياء . ملتزم به وملتزم ( بكسر الزاى ) وملتزم له ( بفتح الزاى )



## الشيء الملزم به

هو الفعل الإيجابي أو الامتناع عن الفعل . وهو واحد بالذات ، متعدد ومختلف بالاضافة والاعتبار . فهو بالاضافة الى الملزم دين عليه للملزم له وبالإضافة للملزم له حق وواجب له على الملزم .

والحقوق تنقسم إلى قسمين : حقوق عامة ، وحقوق خاصة . فالحق العام هو مأمته الشرح (أول القانون) للناس كافة على السواء والزم كلا منهم باحترامه وعدم الاعتداء على ما هو لغيره . وذلك كحق الحرية وعصمة النفوس والاموال الملوكة والمرضى والمسكن . والحق الخاص هو ما كان وليد التزام خاص لواحد من الناس أو لأكثر مع التمييز بالاسم أو بالوصف . فكل ملتزم مدين لصاحب هذا الحق واحداً كان أو أكثر متى التزمه بإرادته واختياره : وأقره الشرح على التزامه : أو التزمه بالزام الشرح إياه لوجود سببه الشرعى الذى ناطه الشارع به أو لصلته بين الدائن والمدين كالقربة والزوجة وقد اقتضت حكمة الشارع أن يجعله سبباً للالتزام :

ومنى وجد سبب الالتزام اختيارياً كان أو جبرياً وجدت بوجوده رابطة قانونية شرعية بين الملزم والملزم له بها يكون الاول مديناً والثانى دائماً بالالتزام . وهذا الحق التولد من الالتزام للملزم له يسمى حقاً شخصياً أى حقاً لشخص الملزم له على شخص الملزم متعلقاً بهنمته .

وتم حق آخر يسمى حقاً عينياً وهو سلطة لشخص معين كسلطة

كل مالك على ملكه وهذه السلطة ثابتة لصاحب هذا الحق بحكم الشرع (أو القانون) وبها يكون للمالك أن ينتفع بملكه ويتصرف فيه كيف شاء في حدود ما أذن به الشرع (أو القانون). وهو بهذه السلطة يتمكن من منع كل متعرض له في ملكه، والشرع من ورائه يحميه وبها يقدر أن يسترد ملكه إذا أخذ منه بطريق الاعتداء ولو تداولته الأيدي كما إذا غصب منه أو باعه تحت تأثير الاكراه.

ومفهوم مما يبينه أن الحق العيني ليس وجوده معلول بالانترام سابق عليه وإنما هو منحة آلهية قضت بها حكمة التشريع لاستقرار الأمور وحفظ النظام ومنع الفوضى والنزاع والحماية المجهودات البشرية في الحصول على الأشياء الأولية بوضع اليد الأولى وتشجيع النشاط في تحصيلها وفي الانتاج الدائم المستمر فهو من الحقوق العامة التي يجب على جميع الناس احترامها وعدم التعرض لأصحابها. والحاصل أن لكل من الطرفين الشخصي والعيني طبيعة خاصة فالأول ارتباط بين شخصين والثاني سلطة إنسان على مال، كما أسلفنا.

ومع هذا فقد حاول فريق من فقهاء القانون الوضعي أن يدمج الحق العيني في الحق الشخصي حيث رأى أن الناس كافة ملزمون لصاحب الحق العيني بعدم التعرض له. وبذا وجد ملزم وهم الناس كافة ماعدا صاحب الحق، وملزم له وهو صاحب الحق العيني وبذا وجدت رابطة قانونية بين الطرفين، صاحب الحق العيني من جهة، والناس كافة ماعدا من جهة أخرى.

ومنشأ الاشتباه على هذا الفريق من رجال القانون هو قياسهم

الواجب العام الذى فرضه القانون فرضا على جميع الناس - على الواجب الشخصى الخاص الذى هو وليد رابطة شخصية بين طرفين محدودين جعلت أحدهما مدينا للآخر بفعل شيء أو الامتناع عن شيء معين اتفاقا عليه لمصلحة الدائن منهما خاصة ولا يلزم إلا المدين خاصة بمقتضى هذا الاتفاق واما غير المدين من سائر الناس فهو فى حل من هذا الالتزام الشخصى .

نعم إذا تعرض لصاحب الحق العينى متعرض فحينئذ فقط يلزم المتعرض - ولا بد أن يكون معيناً - بمنع تعرضه . وإذا تعدى على صاحب الحق متعديا فانتزعه منه وجب استرداده منه بقوة القانون . وأوخذ المتعدى على ما فعل .

وفريق آخر حاول تقريب الحق الشخصى من الحق العينى وم أصحاب المذهب المادى فى الالتزام وهاك جملة القول فى ذلك .

لفقهاء القانون فى الالتزام مذهبان هما المذهب الشخصى والمذهب المادى فالمذهب الشخصى يرى أن الأمر الجوهرى فى الالتزام هو أنه رابطة شخصية بين الدائن والمدين تخضع المدين للدائن وتقيده من حريته وتمتد إلى جزء من نشاطه .

والمذهب المادى ينظر إلى موضوع الالتزام وقيمه المالية دون أشخاصه من دائن ومدين ويربط به حق الدائن وبذا يخف الضغط بل يزول عن شخص المدين بهذا التحول .

والناظر فى كتب للفقه الإسلامى يرى المذهب الاول متجليا جدا عند أبى حنيفة وأصحابه فى ملازمة الدائن للمدين بنفسه أو بغيره

حتى إذا حصل على شيء من المال أخذه منه إلى أن يستوفي دينه ، على ما هو مبين في كتب المذهب الحنفي .  
وأما المذهب المالكي فهو الذي يؤيده الكتاب والسنة وعمل كبار الصحابة وهالك جملة القول في ذلك .

جاء الاسلام في وقت كان فيه الدائن حق استرقاق المدين وبيعه في دينه اذا لم يكن في ماله وفاء ، فأبطل الاسلام ذلك بقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) - ولعل ذلك كان آتيا من القانون الروماني وقتئذ إذ كانت بلاد الشام المتاخمة لبلاد العرب خاضعة لدولة الروم (الرومان) الشرقية فسرى ذلك الى البلاد العربية خصوصا في شمال الجزيرة . ولم يحبس النبي ﷺ طول مدته أحدا في دين قط ، وقد قال لغريم الفليس الذي لم يكن له ما يوفى دينه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك . فدل الكتاب والسنة على أن الدائن ليس له ملطة على شخص المدين لا يحبس ولا بعلازمة يضايقه بها فان كان معسرا فلينتظر عليه وان كان له مال فليأخذ ما يجده من ماله بقدر ما يفي بدينه وليس له إلا ذلك بنص الحديث . وبذا ترى أن حق الدائن ارتبط بحال المدين ولا علاقة له بشخصه فلا حبس ولا ملازمة . ولم يعهد في عصر الخلفاء الراشدين أن مدينا حبس لأجل الدين . وكان على رضى الله عنه إذا جاءه الرجل بغيره وقال لي عليه كذا . يقول له على اقضه فيقول ما عندي ما اقضته فيقول غريمه انه كاذب وانه غيب ماله فيقول له على هلم بينة على ماله يقض لك عليه ، فيقول انه غيبه فيقول استحلفه بالله أنه ما غيب شيئا من ماله فيقول الغريم لا أرضى بيمينه فيقول على

للغريم فأتريد فيقول الغريم أريد أن تحبسني . فيقول له على لا آمنتك على ظلمه ولا أحبسك فيقول الغريم إذا أئزمه فيقول على إن لزمته كنت ظالماً له ، وأنا حائل بينك وبينه . وقضاء على هذا نظير قضاء النبي ﷺ في قضية الحضرمي والكندى في الحديث الذي رواه مسلم والترمذى . وهو حجة على عدم الملازمة والالزام بالكفيل .

وقد ذهب مالك والشافعى وأحمد إلى أن الدين إذا كان ناشئاً عن غير عوض مالى كالاتلاف والضيان والمهر كان القول قول المدين في أنه لا مال عنده ينى به الدين مح يمينه على ذلك ، ولا يحل حبسه بمجرد قول الغريم أنه ملىء غيب ماله . قالوا وكيف يقبل قول غريمه عليه ولا أصل هناك يستصحبه ولا عوض . وأما أصحاب أبى حنيفة فقد قسموا الدين إلى ثلاثة أقسام . قسم عن عوض مالى كالقرض وعن المبيع ونحوهما . وقسم لزمه بالتزامه كالسكفالة والمهر وبدل الخلع ونحوه . وقسم لزمه بغير التزامه ( الاختيارى ) وليس فى مقابلة عوض كبذل التللف وارش الجنابة ونفقة الأقارب والزوجات ونحوه . ففي القسمين الأولين يسأل الدائن المدعى عن اعسار المدين فإن أقر باعساره لم يحبس له وإن أنكر اعساره وسأل حبسه حبس لأن الأصل بقاء عوض الدين عنده ، والتزامه فى القسم الآخر باختياره وبدل ظاهره على قدرته على الوفاء . ثم انقسموا فمنهم من ذهب إلى أن بينة الاعسار لا تسمع إلا بعد حبسه : ومدة الحبس موكل تقديرها إلى رأى القاضى ، ومنهم من قال بجمع بينة الاعسار منه قبل حبسه ، وهذا أرفق به .

قال ابن القيم : والفى تدل عليه قواعد الشرح أنه لا يحبس فى

شيء من ذلك إلا أن تظهر قرينة على أنه ملىء قادر على الوفاء لكنه مماطل سواء أكان دينه عن عوض أم كان عن غير عوض ، وسواء لزمه باختياره أم لزمه بغير اختياره . وذلك لأن الحبس جزاء الماطلة ، والعقوبة إنما تسوغ بعد تحقق سببها ، فلا يجوز إيقاعها بالشبهة .

أقول : والحاصل أنه بنص الحديث وبما كان يصنمه على رضى الله عنه لاحتبس ولا ملازمة ولا طلب كفيل من المدين على سبيل الوجوب والالزام ولا مضايقة لشخصه ، وإنما علاقة الدائن فاصرة على ماله الموجود فقط ، وقد علمت مما بينا آنفاً أن علة حبس المدين الواحد المماطل إنما هي جزاء ماطلته فقط عند من يقول بذلك . على أنه يكفى التنفيذ في ماله بحكم القاضى وبصرف النظر عن شخصه على ماهومين في بابي الحجر والتفليس فتكون العلاقة بين الدائن ومال المدين فقط . وقد قال فقهاؤنا من ظنر بحبس حقه كان له أن يأخذه ويستولى عليه ولو بدون حكم الحاكم ولو كان عند مدين مدينه ، ويكون بذلك قد استعمل حقه في الوصول إلى حقه . ويزاد على ذلك أن حوالة الدين من المدين إلى آخر ملىء يتحمل الدين عنه قد أجازها الشرع وأمر الدائن بقبولها . وقبولها برضا المحال عليه فرض وواجب على مذهب إليه ابن حزم وجماعة من الفقهاء ، ومندوب عند الجمهور . كذلك أجاز حوالة الحق فيبيع الدين دينه لغيره أو يهبه له . وسنبين ذلك عند الكلام في انتقال الالتزام . وبذلك صار المتطور إليه هو نفس الملتزم به مجردا عن شخص الدائن الأصلي والمدين الأصلي .

## الملتزم

هو المدين . ويشترط أن يكون معينا بشخصه وذاته واحداً كان أو أكثر لأنه هو الذى توجه إليه المطالبة وتقع عليه المسؤولية فلا بد من أن يكون معينا لأجل ذلك ، واندعوى لا تقام على مجهول لعدم الفائدة .

وهل يشترط أن يكون موجوداً وقت نشوء الالتزام ؟ ان كان سبب الالتزام اختيارياً كالمقعد اشترط وجوده وقت نشوء الالتزام السبب عن المقدم مقارنة له مقارنة المعلوم لعلته أو الوجود عقبه مباشرة بدون فترة زمنية . وإن كان مصدر الالتزام الشرع فلا يشترط وجوده وقتئذ إذ ماله يكفى أن يكون محل الوفاء بالالتزام . وعلى هذا إذا صدر عن انسان فعل ماضى لا يراد به وقت صدوره عنه ارتباط قانونى ينيره ، ثم نشأ عن ذلك الفعل الماضى هذا الارتباط بحكم الشرع فإنه يكون مديناً لمن ارتبط به بسبب ذلك الفعل . مثال ذلك أن يحفر شخص حفرة بالطريق العام متمدياً فيتردى فيها حيوان فيموت فإن كان ذلك فى حياة ذلك الشخص طوالب بالضمان وإن كان بعد موته تعلق حق مالك الحيوان بتركته وصار من ضمن الديون التى عليه ، وذلك لمباشرة السبب الذى أوجب ذلك . وقد يمضى زمن على هذه الحفرة ولا يحصل منها أى ضرر لأحد حتى تردم .

كذلك يتعلق حق الملتزم له شرطاً بمال الملتزم . والملتزم موجود حكماً .

ومن أمثلة هذا وجوب نفقات أقارب الجنين عليه في ماله الموروث قبل أن يولد : على مذهب الامام احمد .

بل أقول ان حق الملتزم له قد يتعلق بمال الملتزم والملتزم لا يزال في طيات العدم لما يبرز إلى عالم الوجود لاحقيقة ولا حكاول لكنه يتوقع وجوده فيما بعد بحكم العادة ودلالة القرائن الظاهرة . ومن أمثلة ذلك أن يوصى زيد لأول مولود يولد لبكر بضيئته بما فيها من الماشية والأدوات وغيرها مما هو تابع لها ثم يموت زيد والوصية تخرج من الثلث قبل أن يولد لبكر ولد بل قيل أن يتزوج بكر : ثم يولد له ولد فالوصية صحيحة على مذهب الامام مالك . وتكون الضيعة ملكا لتلك المولود وكذا فوائدها ونعماتها التي حدثت بعد موت الموصى وقبل الولادة . فلو أنه في تلك الفترة أتلفت مواشئ تلك الضيعة زرع بعض الناس فان الضمان يستوفى من مال تلك الضيعة ( راجع كتابنا التزام التبرعات ) ففيه تمام الكلام في هذه المسألة .

( تمة ) مات مسلم وليس له ما يكفن ويجهز به ، ولا من يجب عليه ذلك من أقاربه كان كفته وتجهيزه في بيت مال المسلمين ، فان تعذر ذلك أو تمسرف على أغنياء المسلمين وهذا من فروض الكفايات وقد يكون ذلك من مال موقوف . ويرى أبو محمد بن حزم أن هذا واجب على من حضر موته من المسلمين .

الملتزم له

هو الدائن صاحب الحق ويجوز أن يكون وقت نشوء الالتزام مميئا بالشخص والذات أو مميئا بالوصف ، واحدا كان أو أكثر ،



محصور العدد أو غير محصور المدد كما في الوصى لهم والموقوف عليهم . وقد يكون حيوانا ويقضى له بحقه على الملتزم بالرام الشرع . انظر كتابنا نظام النفقات صفحة ١٠٥ ، ١٠٦ وكتابنا الاهلية وعوارضها في أوله وكتابنا التزام التبرعات في الوصية صفحة ١٥ و ٣٨ و ٣٩ ففيها اتفاق الفقهاء على الوصية لغير الآدميين كالساجد والمدارس والملاجي . والمستشفيات والقناطر وسائر المصالح العامة . وعلف الدواب . ولما تله فرس فلان الخ وكذا الوقف على ذلك ، والوقف لأجل انشاء المساجد والمدارس الخ .

كذلك يجوز أن يكون الملتزم له موجودا حقيقة أو حكما وقت انشاء الالتزام أو يكون قد وجد من قبل ثم مات . أو غير موجود لكن يتوقع وجوده في المستقبل . وعلى هذا

١ - يجوز الوصية لميت علم الوصى بموته ، ويصرف الوصى به في قضاء ما عليه من الديون فان لم يكن عليه دين كان الوصى به لورثته ، فان لم يكن له ورثة بطلت الوصية ولا تكون لميت المال . وهذا هو مذهب مالك . ويجوز كفالة دين الميت الفليس لدائنيه ، وقد أقر النبي ﷺ ذلك . وهذه كفالة عن الميت بطريق التبرع له .

٢ - كذلك يجوز الوصية للجنين ، وهو يرث بحكم الشرع ، ويجوز الهبة له على مذهب مالك : وكذا يجوز الوقف عليه .

٣ - كذلك يجوز الوصية لمن سيوجد والهبة له والوقف عليه وانظر تفصيل ذلك كله في كتابنا ( التزام التبرعات ، وكتابنا الوصية والوقف الجديدين المطبوعين عن سنة ١٩٤٣ و ١٩٤٤ .

٤ - وكذا بالأولى إذا كان الملتزم له موجودا وقت نشوء الالتزام  
ثم إن كان الالتزام تعاقديا اشترط فيه الأهلية أن كان طرفا في العقد وإلا  
تم ذلك بواسطة من ينوب عنه . وإذا لم يكن تعاقديا ، بل حصل  
بحكم الشرع أو بإرادة الملتزم المنفردة فلا تشترط فيه الأهلية أصلا.

## مصادر الالتزام

مصدر الالتزام هو السبب الشرعى الذى أنشأ الالتزام . فالترام المشتري يدفع الثمن مصدره عقد البيع . والترام من صدر عنه فعل ضار قصداً أو خطأ يجبر الضرر باصلاح ما أتلفه أو بضمانه بمثله أو بقيمته هو فعله الضار بغيره . والترام الأب بالنفقة على أولاده مصدره الشرع مباشرة .

### تمهيد

يقول فقهاؤنا ان الأصل فى الانسان الحرية وبراءة النعمة .  
ويقول الله تعالى «وإذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى » . وهذا هو الأصل الذى ترجع إليه جميع الالتزامات فى الشرع الاسلامى .  
يولد الانسان وهو شاهد على نفسه بلسان كونه ، ومقر بما كره فيه صانعه من العقل ، ومن الخصائص التى اختصه بها بعبوديته لربه ، وأنه مهيأ لقبول جميع التكاليف التى يكلفه بها خالقه الذى بنى هيكله بيده ونفخ فيه من روحه فجعله بشرا سويا . وبذا كانت ذمته منذ فجر ولادته مشغولة بما يجب عليه لربه . وهذه هى الأمانة التى مرضىها الله تعالى على السموات والأرض والجال فآيين أن يحملنها وأشققن منها ، نلوهن من التهىء والاستعداد لحملها كانت تنتظره منذ بداية وجوده فلما برز من عالم الغيب الى عالم الشهادة لصقت به ولازمته مدة الأجل المضروب له فى هذه الحياة الدنيا .

فكيف مع هذا يقول قتها بالشرع : ان الأصل في الانسان الحرية وبراءة الذمة : وهو قد ولد عبداً لله ، مشغولة ذمته بالايمان بالله وبالافرار بوحدايته ، وبطاعته في كل ما يأمره به ، وينهاه عنه ؟ والجواب عن هذا أن فقهاءنا - وهم بلا شك ولا ريب مؤمنون بهذا - انما يريدون بقولهم هذا ان كل انسان يولد حراً بالاضافة إلى غيره من بنى جنسه ، وأن الجميع أمام خالقهم وبارئهم سواسية ، وأن ذمة كل منهم بريئة مما يشغلها بحق لغيره عليه الا بسبب يوجب ذلك شرعاً . فن ادعى منهم على أخيه شيئاً لم يقر به المدعى عليه فعلى المدعى عبء اثبات ما يدعيه .

ثم هم كلهم بفضل الله تعالى ونمته عليهم سادة لكل ما على البسيطة وما في باطنها وأصمق البحار من حيوان ونبات وجماد يتمتعون به بكل ضروب التمتع التي أذن الله لهم بها . وقد ألهمهم الخالق كل طرق الارتفاع والاستمتاع بها على حسب ما هيأ له كل مخلوق من هذه المخلوقات لنفع وخدمة بنى الانسان . فلذا خرجوا عما أذن الله لهم به كانوا هم المسؤولين أمامه عن ذلك بعد أن أراهم الطرق وأنار لهم السبيل ، فالحجة قاطعة عليهم إذا خالفوا ، ولا عذر لأحد منهم بعد ذلك . والله الحجة البالغة .

## تعدد مصادر الالتزام

### الالتزامات المباشرة وإرجاعها إلى أصلها

الاحداث الكونية مزيج من أعمال الانسان بجوارحه مباشرة أو بالواسطة . اختيارية كانت أو غير اختيارية ، ومن أعمال غيره من الكائنات الحية ، ومما يصدر عن الكائنات الأخرى المحيطة بالانسان المسخرات بأمر الله من الظواهر المختلفة للوجود والحياة .

إيقاعات تنلونها إيقاعات : ووجودات تتبعها وجودات . وأكوان تبرز من حيز العدم ثم تمحى وتحيى بعدها أكوان . تحليل وتركيب : وكون وفساد ، وحركات مستمرات على الدوام تجعل ما أحتواه الكون كل يوم هو فى شان : على وفق ما أأراده مدير الأكوان .

فأما أفعال الانسان فهى دائرة بين أن تكون مادية فقط كالأكل والشرب وبين أن تكون أفعالا تنويعتها التزامات وإرتباطات قانونية كأن يصدر عن الانسان فعل ضار بنفس غيره أو بماله قصداً أو خطأ أو فعل نافع لغيره . وكأن ينشئ الانسان التزاماً باختياره ، وقد يكلفه الشرع بما يقضى به حكمة التشريع والعدل الإلهى وحفظ كيان المجتمع الانسانى على أحسن ما يكون كالتفقه على الأقارب ورعاية حقوق الجوار وما يقضى به التعاون العام لحياة نفوس وأموال الضعفاء ممن لا يقدررون على النظر فى شؤون أنفسهم كالصغار وفالقدى الأهلية من الكبار وما الى ذلك . كذلك الاحداث الكونية لها تأثير فى تغيير مجرى الالتزامات اذا تقرر هذا أقول .

### الطريق الأول

أن مصدرها اما عمل يباشره الانسان باختياره يوجب به حقا على نفسه لغيره . ويقره الشرع عليه ، فيجب عليه الوفاء به بحكم العقل وبحكم الشرع . واما أن يكون الايجاب ابتداء من الشرع بناء على حكمة يقتضيها التشريع والعدل الالهي ، أو ترتيبا على فعل صدر عن الانسان لم يرد به وقت صدوره عنه ترتيب أى التزام عليه لكن الشرع هو الذى يرتب الالتزام عليه ، وقد يكون الانسان بهذا الفعل دائما لغيره شرعا .

فالأول يتناول العقد والارادة المنفردة - أو نقول - يتناول العقد بنوعيه على حسب تقسيمنا الآتى : ويندرج فيه النذر والائمان ، ولكنى لا اتمرض لشيء منهما فى هذه المذكرة بل اقتصر على العقد بنوعيه فقط .

والثاني يتناول شيئين أولهما ما أوجبه الشرع مباشرة كنفقات الاقارب وثانيهما ما كان سببه المباشر فعلا صاروا يصير به الفاعل ملزما بتعويض الضرر أو فعلا نافعا لغيره يصير به الانسان دائما لذلك الغير بذلك الفعل شرعا . وعلى هذا تكون مصادر الالتزام اما اختيارية واما جبرية ، والاختيارية تشمل العقد والارادة المنفردة ، والجبرية يندرج فيها الفعل الضار الذى به يكون الفاعل مدينا شرعا لمن لحق به الضرر فاما أن يصلح ما تلغه ويعيده إلى حالته الأولى واما أن يضمه بالتل أو بالتقيمة . والفعل النافع الذى به يكون الانسان دائما لغيره وهو

المعنون له في كتب الفقه القانوني بالاتراء على حساب الغير<sup>(١)</sup> وما يقضى به القانون الشرعي ابتداء على ما أسلفنا . وانظر التطورات القانونية في بيان مصادر الالتزام وترتيبها وما استقر عليه الأمر أخيراً فيها .

### الطريق الثاني

أن مصدر الالتزامات كلها الشرع اما مباشرة أو بالواسطة على ما بينا .

(تمة) الفعل الضار إذا صدر عن غير ذي أهلية كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه فصلى مذهب مالك لاضمان عليه في ماله . وليقارن هذا بالقانون الفرنسي والمعري ومجلة الالتزامات التونسية (المادة ٩٣) . وأما على مذهب أبي حنيفة وأصحابه فلا مسؤولية واقعة على الفاعل مطلقا ولو كان غير مميز وفي هذه الحال تكون المسؤولية

(١) ومن أمثلة ذلك . أن يضر شخص قناة لغيره ويصلحها بغير اذنه فان له الأجر على ماعمل وهو أجر المثل . وهذا مذهب مالك وأحمد . وهكذا كل من فعل فعلا يحفظ به مال غيره ويصونه كان له أن يرجع عليه باجرة مثله فيما عمل كالذي يصد زرع غيره في غيبه بسبب مرض أو حبس أو غيرهما فانه يستحق الأجر على ماعمل ويرجع بما اتفق ، وهذا أحسن من أن يقال لاشئ له على ذلك فلا تطيب نفسه بالتعرض للشقة ثم يذهب عمله باطلا ويذهب مال الآخر ضائعا أو يتلف والمصلحة في تقع الطرفين ظاهرة . وهكذا اذا انهدم السفل فبناء صاحب العلو عند امتناع صاحبه من بنائه فانه يرجع عليه بقيمة البناء على ما هو مبين في كتابنا المعاملات المالية الشرعية .

مالية فقط . والقاعدة عندهم في ذلك هي أن الاعذار الشرعية لاتتأفي  
عصمة المحل ، وأن النفوس والأموال معصومة في دار الاسلام ،  
على ما هو مبين في موضعه . وهذا ما أنجبت اليه الآراء الحديثة  
في أوروبا .



العقد



## العقد

عرف العقد في الفقه القانوني بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله . وعرف في القانون الفرنسي بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص ، لشخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شئ أو أو بفعله أو بالامتناع عن فعله . وللفقه الشرعي يوافق الفقه القانوني على كل من التعريفين . والمراد في التعريف الاول بكلمة ( أو نقله ) حوالة الحق وحوالة الدين . وفي الحقيقة أن الاتفاق على نقل الالتزام بتغيير شخص الدائن أو شخص المدين ، أو كليهما هو عقد جديد جاء في المرتبة الثانية بعد العقد الذي أنشأ الالتزام ابتداء إلا إذا كان مصدر الالتزام الاول غير العقد

ولم يتعرض كل من التعريفين القانونيين للعقد الحاصل بأرادة واحدة لأن القانون لا يعترف به عقدا وإنما يعتبره ارادة منفردة أنشأت التزاما على ما سألته بعد في بحث الارادة المنفردة . وكذلك العقد عند فقهاءنا حيث عرفوه بأنه ربط أجسزاه التصرف ؛ بعضها ببعض بالاجاب والقبول

وانما اعتبرت ما يتم بالارادة المنفردة عقدا أخذاً من كلام فقهاءنا فيها يصح تعليقه ومالا يصح تعليقه من المقود اذ عدوا من ذلك العتق والطلاق والوقف كما عدوا من ذلك البيع والاجارة الخ على ما سيأتى  
تفصيل الكلام فيه

لهذا أرى أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالارادة المنفردة وحدها عقداً ، وعلى ذلك أقول

ان العقد في فقه القانون الشرعى يطلق بطريق الاشتراك على معنيين ( الاول ) توافق ارادتين متقابلتين على انشاء التزام أو نقله ( الثانى ) العزم الاكيد والارادة المصممة على فعل شيء أو تركه

على أن العقد المكون من ارادتين متوافقتين متقابلتين هو فى الحقيقة عقد مؤلف من عقدين بالمعنى الثانى . فيوجد العقدان البسيطان أولاً أحدهما من ناحية الموجب وثانيهما من ناحية القابل ، ثم يؤلف منها العقد المركب بربط أحدهما بالآخر

واذا رجعنا الى اللغة وجدنا أن من ضمن معان العقد احكام الشيء وتقويته ، كما أن من ضمن معانيه عقد أطراف الأشياء وربطها ببعضها ببعض . وبذلك يمكننا أن نساير ما قاله الفقهاء فى كتبهم الفقهية ولا نقع فى حيرة من تسمية مثل العتق والوقف عقداً . وقد سمي شيخ الاسلام ابن تيمية الطلاق عقداً بعبارة صريحة لا لبس فيها .

والحاصل أن العقود تشمل كل ما انعقد بارادتين متقابلتين ، كما تشمل الاسقاطات المحضة وغيرها

### عمل الارادة

فى تكوين العقد وانشائه وأساس سلطانها ومصدر قوتها قد توجه نفس الانسان الى فعل شيء أو الامتناع عنه ، وهى فى بداية التفكير فى الايقاع أو اللإيقاع قد لا ترجع سلوك أحد الطرفين على سلوك الآخر بل تقف فى حيز الرددين بينهما . ثم يرجع عندها أحدا لمرين

لا اعتبارات تطوف بها فتسير في طريقها لا تلوى على شيء حتى ينتهي بها  
المير إلى ابراز ما صممت عليه الى عالم الوجود الخارجى . اما فعلا  
واما امتناعا بالكف . فان كانت حركتها هذه قد أدت الى عمل غير  
قانونى فهذا مما لا شأن لنا به هنا . وان كان الفرض منها عملا قانونيا  
يكفى لتحقيقه الارادة المنفردة كالوقف والطلاق فهذا هو ما نعتيه بالعقد  
ذى الماهية البسيطة ، وان كان عملا قانونيا يراد ربطه بعمل مثله من  
من جانب آخر ليتولد عنهما ارتباط ناشئ من الممثلين جميعا بالاتفاق  
فهذا هو ما نعتيه بالعقد ذى الماهية المركبة

وكلا العقدين مصدره الارادة فهو وايدها وحدها وبهذا جاء  
الشرع الاسلامى وأجمعت عليه الامة . فالارادة فى المقود لم تقيد فى  
وقت ما ولم تبطل ويكتفى بأمور شكلية انقطعت الصلة بينها وبين  
نية العاقد وارادته . والكتاب والسنة ناطقان بهذا « الا أن نكون  
تجارة عن راض منكم » « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه »  
« فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا » ولم يخالف  
أحد من الامة فى أن الرضا وحده كاف لتحقيق الالتزامات

أنصف الى ذلك أن الله تعالى أمر بالوفاء بالمعقود والنذور والمهود  
على وجه العموم - ولم يستثن منها الا ما كان محرما - ونصوص  
الكتاب والسنة فى هذا لا تحضى سواء أكان العقدين طرفين ، أم  
كان بين العبد وربه ، أم كان منشؤه ارادة العبد المنفردة حتى لقد أمر  
المسلمين بوفائهم للمشركين بمهودهم . أو بالجملة فإرادة الانسان فى الشرع  
الاسلامى حرة فى تصرفاتها - قانونية وغير قانونية - ولم تقيد الا

قيدين ، قيدها بهما الشرع والعقل ورعاية صالح المجتمع الانساني .  
أولهما ما حرره الله تعالى ونهى عنه فانه يجب الابتعاد عنه حبا ومقابله  
في القانون ما يخالف النظم العام والآداب العامة . وثانيهما ما فيه  
اعتداء على حقوق الناس المكتسبة شرعا . وعند تصادم الارادات  
يحفظ التوازن بينها بحكمة الشرع بالميزان الذي هو المعدل الالهي  
فلسطان الارادة حق ثابت لها في كل عملها على ما ينبتا لم تسلبه وهو منحة  
من الشارع استفادت به فوقها

وهذا بخلاف ما كان عليه الحال في القانون الوضعي فيما مضى من  
الزمن في غير البلاد الاسلامية الى عهد ليس بالبعيد جدا .

يقول شراح القانون ما خلاصه : لم يعترف القانون الروماني  
لارادة العاقد بسلطان ، بل بدأت العقود فيه تكون شكلية تحوطها  
أوضاع معينة من حركات وإشارات وألفاظ وكتابة فلا يتم العقد  
بدونها . أما مجرد توافق ارادتين فلا يكون عقدا ولا يولد التزاما .  
فكان المدين يلتزم لا لسبب سوى أنه استوفى الأشكال المرسومة .  
ثم انتقل القانون إلى أوروبا <sup>(١)</sup> وظل العمل به كذلك إلى أن تغيرت  
الأحوال والأوضاع القديمة شيئا فشيئا ونظمت حركة التجارة واتسع  
نطاق التعامل مما اقتضى تضيق الخناق على هذه الشكليات وانتهى  
الأمر إلى القرن السابع عشر الميلادي الذي تنفست فيه الارادة الصاعدة  
وأحست بثبات قوتها وسلطانها . حتى إذا وضع نابليون قانونه على  
(١) بعد أن اختفى زمنا طويلا وظهر فجاء على ما قالوا حوالي القرن العاشر في  
أوروبا . وتفصيل الكلام في هذا له موضع آخر .

أساس احترام حرية الفرد في إرادته وسائر تصرفاته تمتعت الإرادة بحريتها كاملة . ثم هوجت حينما تهودت ثم دوفع عنها حتى اعتدل الأمر واستقام تحت تأثير الظروف بالقدر المستطاع . وقد احتفظ ببعض الشكليات في بعض العقود لا على أنها أمور تميدية بل لحكمة راعاها واضع القانون في ذلك كشرائط رسمية عقد الهبة والرهن التأميني . قال لي قائل : أنا أفهم أن فقهاء القانون الوضعي قد تعرضوا للنظر في سلطان الإرادة ومتى بدأ ذلك لأن الحال عندهم قد تنقل من الشكليات المحضة التميدية إلى حرية الإرادة الكاملة بالتدرج ، لكنني لا أفهم تعرضك للكلام في هذا الموضوع - وقد ولدت الإرادة في الشرع الاسلامي طليقة حرة لها سلطانها وقوتها في جميع العقود والتصرفات على ماقلت وإذا لا أرى كلامك في هذا إلا فضولا وتضييعا للوقت . فقلت له : ان ماقلته حتى اذا نظرنا اليه من جهة واحدة فقط أما اذا نظرنا اليه من الجهة الأخرى وهي جهة المقارنة بين الشريعة والقانون الوضعي فلا وجه للاعتراض بل هذا هو الواجب - أولا لرفع شبهة عن الشريعة في أنها اقنيسست أحكامها من القانون الروماني ، كما يقول المجازفون الذين يهرفون بما لا يعرفون - ثانيا - لبيان سمو الشرع الاسلامي الذي رفع بأحكامه قدر الانسان وجعله في المستوى اللائق بانسانيته ولم يعمه على الناس بأشكال وأوضاع وتقاليد كلها أو هام في أو هام (تمة) للموضوع لا بد من ذكرها هنا .

يوجد في الشريعة الاسلامية عقود يرى أنها لا تتم بإرادة الملقط وحدها بل لا بد فيها من ضمنية يتم بها العقد .

أولاً : - عقد الزواج - لابد لصحته من ولي وشاهدين . أو شاهدين ولا حاجة الى لولى إذا كانت الزوجة بالغة رشيدة ، على ما بين في موضعه .

ثانياً : عقود التبرعات وبعض عقود أخرى في مذهب مالك لانتم ولا تصح الا بالشهادة على ما حكه شارح العاصمية .

ثالثاً : عقود لانتم إلا بالقبض كالهبة والصدقة والقرض والرهن والعارية والوديعة والوقف . على قول

وهذا يدل على أن في الشريعة عقوداً شكلية إذ الارادة وحدها لاتكفي في تحققها وصحتها شرعاً . وأقول جواباً عن هذا  
أما أولاً

فلأن عقد الزواج يعقد للدوام والبقاء وبه تتعلق أحكام خطيرة من ثبوت النسب وغيره من الحقوق المرتبطة بذلك فوجب الاشهاد عليه واعلانه ليشتهر بين الناس ويكونوا على علم به وتتقطع الالسنه عن التكلم في المحصنات بما لا يليق . وأما اشتراط الولي عند من اشترطه فليبيان رفعة قدر المرأة ولائها عزيمة مطلوبة غالية فاذا باشرت عقد الزواج بنفسها وبدون حضور أو اياها كان في هذا مساس بكرامتها وكرامتهم والمرجع في هذا العرف والتقاليد .

واما ثانياً

فقد قال شارح العاصمية ما نصه : الاشهاد بشرط صعة في التبرعات من حيث هي وفي كل ما كان من غير عوض كالنوكيل والضمان ونحوهما



ولا يختص الاشهاد بالتبرع على الصغير فقط إذ لا معنى لكونه شرطاً في الصغير دون الكبير . وحينئذ إذا قال : حبست أو تصدقت أو وكلت أو أوصيت : ولم يقل اشهدوا على ذلك ، ولم يفهم من حالة أنه قصد الم إلى الاشهاد عليه فإنه لا يصح شيء من ذلك ، وكذا لو كتب بذلك ولم يشهدهم عليه فلا ينفذ شيء منه لأنه قد يقول أو يكتب وهو غير عازم على شيء من ذلك . انتهى بحروقه . ويؤخذ من هذا أن الحامل على اشتراط الاشهاد في التبرعات هو التاكيد والتنبيه من عزم المتبرع على ما تبرع به وأنه جاد غير هازل . فإذا طلب الاشهاد عليه وأشهد ؛ أو فهم من حاله بدلالة القرائن أنه عازم حقيقة على انفاذ تبرعه صح تبرعه . وإذا يكون الفرض من هذا الشرط هو تبين ارادته الظاهرة المدلول عليها بقوله أو كتابته لارادته الباطنة القائمة بنفسه وقد رأت لجنة الأحوال الشخصية أن تجمل هذا أسس الاشتراط رسمية عقد الوقف على ما بين في المادة الأولى من المشروع . وانظر شرحنا لهذه المادة في كتابنا صفحة ٦٣ وما بعدها

وأما ثالثاً

فلأن توقف تمام هذه العقود - المسماة في اصطلاح القانون بالمقود العينية - على التيقن فالأدلة شرعية قامت على ذلك وهي مبنية في مواضعها لا يتسع المقام لإيرادها هنا .  
والحاصل أن هذه القيود كلها ليست من الشكليات السقيمة المبينة على الاوهام بل هي كلها مما يقوى الارادة ويحققها .

## تقسيم العقود

تنقسم العقود الى عدة مجموعات تنتظم كل مجموعة منها وحدة ذاتية تجعلها نوعا واحدا .

### (١) مجموعة التمليكات

وهي نوع من أنواع العقد وجنس ينتظم المعاوضات والتبرعات (١) والمعاوضات هي نوع من أنواع التمليكات وجنس ينتظم ما يأتي :

(٢) مبادلة مال بمال ومبادلة مال بمنفعة ومبادلة مال بغير مال ولا منفعة بالمعنى المصطلح عليه عند الفقهاء . ويلتحق بها مبادلة منفعة بمنفعة : ومبادلة منفعة بما ليس بمال ولا منفعة في الاصطلاح الفقهي الشرعي فهي تشمل : البيع بجميع أنواعه من بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم والاستصناع : والصلح عن اقرار : وقسمة الاعيان والتخارج والهبة بشرط العوض ، على قول وحوالة الحق أى بيع الدين بالدين (١) .

---

(١) المال في الاصطلاح الفقهي الشرعي يطلق على الاشياء المادية المتقومة ولا يطلق على المنافع والحقوق اصطلاحا . و"بيع المطلق هو بيع الاعيان المالية بالامان والمقايضة هي بيع عين بعين والصرف هو بيع النقد بالنقد والسلم هو بيع ما يتعلق بالذمة — غير النقدين — بمال يؤدي في الحال . والاستصناع هو طلب عمل شيء خاص مادته في الصانع كصنع الادوات المنزلية ونحوها . والصلح عن اقرار هو ما كان فيه المدعي عليه مقرا بالحق المدعي فينتقم مع المدعي على اعطائه شيئا بدل ما يدعيه

والإيجار . والمؤاجرة والجمالة والسباق والرى (١) والمبايأة (٢)  
والزواج والخلع (٣) .

(ب) التبرعات . وهى نوع من أنواع التملكات ، ويندرج تحتها  
ما يأتى :

تبرعات ابتداء وانتهاء . وتبرعات ضمن عقد معاوضة ، وتبرعات  
ابتداء وقد ينتهى بها الأمر إلى أن تستمر تبرعات إلى النهاية أو تنقلب

---

بتراضيهما . وقسمه الأعيان تكون فى الأموال المادية وهى تتضمن الافراز والمبادلة  
دائما سواء أكانت قسمة تحريق أم كانت قسمة جمع . وقد يكون جانب الافراز  
أظهر كفى المثليات المتقاربة ، وقد يكون جانب المبادلة أبيض والحية بشرط العوض  
على أحد الرأيين . وكذا حوالة الحق على أنبا سيع دين بدين أبيض بطريق الاستثناء  
للحاجة . والتخارج مبادلة بين الورثة فى أموال التركة وهو نوع من الصلح

(١) الإيجار يكون فى الأشياء كالأراضى والدور ، والمؤاجرة للأشخاص  
ويندرج فيها الأجير المشترك والأجير الحاضر ، وسائر الأجلات دائرة بين ذلك .  
والجمالة كقولك من وجد ضالتي فله كذا والسباق والرى كالجمالة إذا كان الجمل  
من أحد المتسابقين أو من السلطان من بيت المال أو من أحد من الرعية وكذا إذا  
كان منهما السابق منهما على أحد قولين . وانظر المنهب

(٢) هى مبادلة منفعة بمنفعة وهى قسمة المنافع وتكون اما مكانية واما زمانية  
(٣) الزواج بالنسبة للبر جملة الفقهاء فى مقابل التمتع بالمرأة . وحقيقة الامر  
أن الزواج عقد انضمام وازدواج ومشاركة ، والمهر حكم من أحكامه شرعا فلا هو ركز ولا  
شرط لصحة العقد . والخلع هو إزالة ملك الزواج بلفظ الخلع أو بما فى معناه وهو  
يمنع من جانب الرجل ومعاوضة وشراء للعصمة من جانب المرأة

مفاوضات، فهي تشمل : الهبة والصدقة والوصية والاعارة (١) والقرض والكفالة ، وحالة الدين المطلقة والمحاباة في عقود المعاوضات والوقف والابراء من جهة كونهما تمليكاً والعمرى والرقبي والتحليل والاباحة (٢) والصلح عن انكلا (٣) والهبة بشرط العوض على قول .

(ح) الاسقاطات . وهي نوع من أنواع العقد ، ويندرج تحتها ما يأتي :

اسقاطات محضة كالطلاق والعق وتسلم الشفعة واسقاط كل حق يجوز اسقاطه بلا مقابل . واسقاطات فيها معنى التبرع وهي الابراء

---

(١) الهبة والصدقة خاصان بتمليك الأعيان المالية فالصدقة فيما كان لقصد الثواب من الله ، والهبة فيما كان لقصد الثواب من الموهوب له أو لصداقة أو قرابة بينهما الوهاب . والوصية بالعين أو المنفعة أو بجزء شائع في التركة بعد الموت . والاعارة تمليك المنافع مجاناً ، ويندرج في المنافع الثمرات والزوائد ، ولو كانت أعياناً مادية ولذا يندرج تحتها الاسكان والعريه وهي إعارة الشجرة للارتفاع بثمرتها

والمنحة وهي إعارة الشاة (مثلاً) للارتفاع بلبنها ، والخدمة وهي إعارة العبد لفلان ، والارفاق في منافع العقار . والقرض تبرع ابتداء وهو معاوضة انتهاء وكذا الكفالة بأمر المدين ومثلها حالة المدين حالة مطلقة والمحاباة من البائع بيع الشيء بأقل من قيمته كنصفها (مثلاً) ومن المشتري بشراء الشيء بنصف قيمته (مثلاً) والوقف والابراء باعتبارهما من التملكيات بدون عوض ، والصلح عن انكلا المدعى عليه .

وليرجع إلى العمرى والرقبي والاباحة والتحليل في كتابنا التزام التبرعات وكذا الهبة بشرط العوض

من الدين ، والوقف على قول من يرى أنه إسقاط كابى يوسف وهو  
مأليه العمل عتدنا فى عما كنا الشرعية .

( د ) الاطلاقات . وهى تنتظم مايتأتى :

الوكالة . الاذن للصبي المميز - ومنله العبد - بالتجارة ويندرج  
تحتها كل أنواع الولاية على النفس أو المال كولاية الأب والجد والأقارب  
والقاضي والأوصياء وإقامة ائمة اعظم للأمة فهو فى الحقيقة وكيل عنها  
وكذا فروع الامامة العظيمة من فضة وولاية وسائر عمال الدولة . فهو لاء  
كلهم فى الحقيقة وكلاء عن الأمة شرعا .

( هـ ) الشركات على اختلاف أنواعها ويدخل فيها المضاربة  
والمزادة والمساقاة وفيها شائبة الاجارة . وكل شركة تتضمن الوكالة  
والمراد بها هنا شركة العقد لا الملك .

( د ) عقود الاستيناق مثل الكفالة والرهن .

( ز ) عقود الاستعفاظ مثل الوديعة والحراسة .

## البحث الأول من مباحث العقد

في تكوينه شرعا وبيان ماله اتصال بذلك

نمهي

في الوجود الحسى والوجود الشرعى للعقد

قد يكون للعقد وجود حسى فقط كما إذا صدر من غير أهله .  
أو في غير محله ، وقد يكون له وجود شرعى من أول الأمر وهو  
ما استوفى فيه كل أركانه وشرائطه وهو في هذه الحالة الثانية لا بد له  
من وجود حسى متما وهو ما يدل عليه ما يقع تحت الحس من سمع  
وبصر من أقوال العاقدين أو كتابتهما ورؤية كل ما يصدر عنهما ، فاما  
الوجود الحسى وحده فلا يحمل للعقد أى اعتبار شرعى كأن يكون  
أحد العاقدين غير مميز أو أخل غير قابل كبيع مسجد أو جزء من  
من الطريق العام مع بقاء المبيع على صفته بدون تغيير . ونظير هذا  
الصلاة بغير طهارة والصوم مع التلبس بالحبيص فان كلا من الصلاة  
والصوم وان كان لهما وجود حسى ليس لهما وجود شرعى معتبرا فلا  
يزال الذمة مشغولة بهما . وإذا لا بد من معرفة الاركان والشروط  
لتحقق الوجود الشرعى للعقد المستلزمة لترتب أثر العقد عليه

هذا - وقد قسمت فمما سبق العقد إلى قسمين ، عقد ذو ماهية بسيطة  
وعقد ذو ماهية مركبة . وأما في القانون الوضعى فالعقد لا بد فيه من توافق  
ارادتين متقابلتين من الطرفين ولو حكما . ولهذا لما وجدوا أن بعض

الالتزامات قد تم بإرادة منفردة لم يرضوا أن يسوا هذا عقداً له خصائصه كالمعتد بل اعتبروه صادراً عن إرادة منفردة وأحجموا عن تسميته عقداً وقد كن لي أن أمضي في سبيلي ولا أُلوى على شيء مما قالوه في الإرادة المنفردة لأن عندي ما اعتمد عليه في اعتبار التقسيم الذي ابتكرته على ما سأسمعك . لكن أردت أن أشارك معهم في بحثهم في الإرادة المنفردة لأطلعهم على كلام فقهاءنا في ذلك ولا تخلو المقارنة من الفائدة ، وإن شئت فهم هذا فضولاً من القول قالوا إننا مضطرون إلى القول بالإرادة المنفردة إلا لنعقد بنا القصور عن تحليل بعض أعمال قانونية لولا القول بالإرادة المنفردة لما استطعنا تحليلها ، من ذلك

١ - الجائزة التي يجعلها إنسان لمن عمل عملاً كرد ماله الضائع عليه فإذا عثر به إنسان ورده إلى مالكه استحق تلك الجائزة فعلى أى أساس يعتمد هذا غير الإرادة المنفردة من جاعل الجائزة لانه ليس أمامه عاقد آخر قابل ومجانب عن هذا بأن واجد المال الضائع ورده إلى مالكه بعد علمه بالجائزة يعتبر بعمله في البحث عن المال الضائع تعاقداً مع الواعد بالجائزة تعاقداً ضمناً . فلا حاجة إلى الاستناد إلى الإرادة المنفردة أقول وكذلك الحكم في مذهب الشافعي وعلى ما ذهب إليه ابن القاسم وغيره وقد زادوا على ذلك أن الواجد إذا كان من شأنه أن يبحث عن الضوال والأموال الضائعة ليردها إلى أربابها فالحكم كذلك ويعتبر هذا عقداً ضمناً

أما إذا كان الواجد قد وجد المال الضائع ورده بدون أن يعلم

بالبائزة ففريق قال لا يستحق البائزة وهذا يوافق مذهب الشافعي وابن القاسم وهو الراجح من مذهب مالك - إلا إذا كان الواجد من حرفته وعمله البحث عن الضوال ، وفريق قال انه يستحق البائزة ويعمل هذا بالإرادة المنفردة وهذا هو مذهب ابن الماجشون وأصبيغ وهو رواية عن مالك وعليه اقتصر ابن الحاجب . وهذا هو جملة ما جاء في كلام فقهاء القانون وفقهاء الشرع فقد توافقوا في الجملة . والحاصل أن المذهب الغالب على الكثير من فقهاء فرنسا ومصر يوافق مذهب الشافعي ومذهب ابن القاسم ، والمذهب الألماني يوافق ما ذهب إليه ابن الماجشون وأصبيغ وهو رواية عن مالك . وهو الظاهر من مذهب الامام احمد لكن الواجب للواجد في هذه الحالة أجر مثل عمله على ما قاله ابن القيم

ب - التزام الموجب أن يثبت على إيجابه مدة من الزمن قبل قبول الطرف الآخر ، وهذا لا يعمل إلا بان الإرادة المنفردة لها قوة الإلزام لكن القضاء في مصر وفرنسا لا يلزم الموجب بعدم الرجوع قبل القبول فهو في ذلك كالشريعة ويعمل بان الموجب بعد صدور الإيجاب منه وقبل قبول الآخر - في مثل عقد البيع - قد جعل للطرف الآخر حق الملك في البيع مع بقاء حقيقة الملك للموجب ، ولا يخفى أن حق التملك أضعف من حقيقة الملك ولذا كان له حق الرجوع قبل القبول ويمكن تدارك الأمر عندنا بان القابل يشترط في قبوله أنه بالخيار كذا يوم ما وعلى ذلك يلزم العقد بهذا الموجب ويكون القابل حراً في مدة الخيلار



(ج) السند الحامله . وصورته أن يحمر سندا يذكرفيه أن يلتزم بأن يدفع مبلغا لمن يكون حاملا لهذا السند ، كما يجده مكتوبا على أوراق البنكنوت . والظاهر أن الحامل على هذا هو تسهيل التعامل بين الناس ولا سيما في الأعمال التجارية . فهل يقال إن كاتب هذا السند قد التزم بإرادته المنفردة دفع هذا المبلغ وإذا يكون مصدر الالتزام هو إرادة المدين ؟ ربما يعترض على هذا بأنه التزام مجرد عن السبب والعرض بمعنى أن ثبوت بطلان الالتزام بدفع المبلغ لأى وجه من وجوه البطلان لا يؤثر في التزام من صدر عنه السند قبل إتمامه . وعلى هذا لا يصح إسناده إلى الإرادة المفردة أيضا لأن الالتزام الإرادى يرى دائما على غرض ويجب في هذا الغرض أن يكون دائما صحيحا مشروعا . وبهذا يكون التزام مصدر السند ليست علقته إرادته بل إرادة الشارع أن تقع عليه المسؤولية حتى بعد خروجه من الأهلية . وبعد موته . والظاهر أن الباعث للشارع على هذا هو تسهيل التعامل كما أسلفنا (١) .

ولا أحسب أن فقهاءنا قد تكلموا في شيء كهذا . بل قد يقرب من هذا مسألة السفتجة إذا كتب المدين لحاملها إلى مدينه هو في البلد الذى يريد حامل السفتجة أن يسافر اليه : ادفموا إلى حامل هذا مبلغ كذا . ومع ذلك فتسهيل المعاملات لا مانع منه شرعا متى كان بعيدا عن الربا المحرم .

---

(١) انظر موجز الالتزامات للاستاذ السنهورى بلخصه وأصول الالتزامات

(د) الاشتراط لمصلحة الغير . هو عقد يكون بين طرفين . يشترط فيه أحدهما على الآخر أن يلتزم بالقيام بعمل لمصلحة شخص ثالث (أو أشخاص) لم يكن (أو لم يكونوا) طرفا في العقد . وهذا هو المتنفع . ومثاله : صاحب مصنع يتعاقد مع شركة تأمين لمصلحة عماله الذين لم يكونوا طرفا في هذا العقد ؛ فيتفق مع الشركة على أن تدفع تعويضا معيناً لكل عامل يصاب أثناء العمل في مقابل أقساط يدفعها صاحب المصنع (أصول الالتزامات)

وظاهر من هذا العقد أنه ملزم لطرفين فهو ليس تطبيقاً لنظرية الارادة المنفردة غاية الأمر أن أحد الطرفين - وهو شركة التأمين - قد التزم بإيصال النفع إلى طرف لم يتعاقد معه ، والطرف الثاني - وهو صاحب المصنع قد التزم لمن تعاقد معه أن يدفع إليه أقساطاً شهرية لأجل هذا . وهذا استثناء من قصور حكم العقد على طرفيه . على مسياتي .

وقد وجدت في مذهب مالك أن الزوج لو تطوع بمؤونة ابن زوجته من غيره وأجره النفقة عليه من ماله طول مدة الزوجية بينهما لزمه ذلك لأنه من عمل العروف . لكن لو اشترط عليها حظ شيء من مهرها في مقابلة ذلك فلا يصح . والمسألة مبعوثة هناك بحثاً تاماً . ووجدت فيه أيضاً : اتفق المضارب ورب المال على أن يكون الربح لغيرهما جاز ذلك وكان هذه هبة منهما جميعاً لمن شرطاً الربح له وهو جائز لأنه من عمل العروف . ويلاحظ أن اللو هو ب هنا مجهول ولكن

ذلك لا يصح في مذهب مالك لأن الغرر لا يصح في التبرعات ، على ما سنبيته في موضعه .

هـ - تعاقد الانسان مع نفسه أى تولى الشخص الواحد طرفي العقد بطريق الاصلالة عن نفسه وطريق التباية عن غيره . أو بطريق التباية عن طرفين ربما يوم هذا أن العقد انعقد بإرادة واحدة ، والحقيقة أن الإرادة وإن كانت واحدة بالذات هي متعددة بالاعتبار . على ما سنبيته بيانا وأقيا فيما يأتي . فليس هذا من باب الالتزام بالإرادة المنفردة . وبعد فنحن لسنا في حاجة بأن نزج بأنفسنا في هذا المأزق المحرج لأن العقد عندنا ليس قاصراً على ما يكون بتوافق إرادتين كما هو الحال عند فقهاء القانون الوضعي بل يكون بذلك وبما يكون بإرادة واحدة حقيقية منفردة على ما قدمنا وعلى ما ستري .

### أركان العقد (١)

العقد الذي يكفى لوجوده وتحققه إرادة واحدة ركنه الإيجاب

---

(١) ركن الشيء هو ما يقوم به ذلك الشيء . أى يكون قوامه به وبدا يكون داخلاً في بناء الشيء . وقد يكون قوام الشيء . وكذا واحداً كاملاً . مصنوع كله من مادة البلور وثوب مصنوع كله من الحرير . ونظير هذا من المعنويات العقد ذو الماهية البسيطة . وقد يكون قوامه من أكثر من ركن . واحد كإثاء مركب من الذهب والفضة . وثوب مفسوج من الصوف والقطن . ونظير هذا في المعنويات العقد ذو الماهية المركبة . والملاحظة أن كل متعددة هي قوامها وهي مؤلفة منها على هيئة مخصوصة .

والشرط هو ما توقف على وجوده وجود الشيء . شرعاً وهو خارج عن ماهية

فقط . والعقد الذى يحتاج وجوده إلى توافق ارادتين متقابلتين ركنه  
الإيجاب والقبول معا .

والعقد الذى يكفى فيه الإيجاب وحده يندرج تحته الاسقاطات ،  
بالاتفاق والتبرعات على قول مالك فقط من حيث لزومها فقط ،  
على ما سترى .

### ركن العقد الذى يتم بارادة واحدة

#### الاسقاطات

بمجرد صدور الإيجاب من أهله فى محله لا يملك الموجب الرجوع عن إيجابه ؛  
ثم ان كان العقد من الاسقاطات المحضة فقد تم لأن الساقط لا يعود ، وان  
كان فيه معنى التمليك فى الإبراء ، يرتد بالرد لأن الاسقاط متوقف عليه  
فان رده المدين فى المجلس أو بعده ارتد ولم يسقط الدين . وذلك لأنه  
نبين أن المدين لا يقبل منه الدائن عليه فى إبرائه من الدين . وإن لم  
يرده لا فى المجلس ولا بعده - على اختلاف القولين فى ذلك فقد رضى

---

كالطهارة بتوقف على وجودها وجود الصلاة الشرعية وهى ليست داخلية فى الصلاة .  
وماهية الشيء هى ما يتعلقه الانسان من القدر المشترك بين أفراد نوع واحد  
كالانسان بصرف النظر عن الوجود الخارجى ومشتخصات كل فرد . والأمر المتعلق  
من حيث أنه مقول فى جواب ماهو يسمى ماهية . فإذا قيل ما الانسان فالجواب  
حيوان ناطق ، والمراد بالناطق المفكر بالقوة . وإذا قيل ماهو العقد فالجواب هو  
توافق ارادتين متقابلتين على عمل قانونى شرعى ، وقد يكون عن ارادة واحدة  
كالوقف ( مثلا ) .

بسقوطه فيسقط . وأما الوقف فإن كان على غير معين كالفقراء (مثلا) فإنه يتم بالإيجاب وحده ولا يجوز الرجوع عنه وإن كان على معين ومن بعده على غيره وهكذا مؤيدا فردد المعين فلا يؤثر الرد إلا في استحقاقه فيسقط استحقاقه وأما الوقف فهو باق إلى الأبد (١) .

### التبرعات

متى صدر الإيجاب فعلى قول أبي حنيفة وأصحابه - حاشا زفر - قد تحقق التبرع كالهبة (مثلا) فإن التبرع يتم من جانب واحد وهو الواهب المالك وأما القبول فهو شرط لنبوت الملك للموهوب له لأن أحدا لا يملك ادخال شيء في ملك غيره إلا برضاه وليس القبول شرطا لوجود نفس التبرع في ذاته . لكن للمتبرع أن يرجع في تبرعه بعد الإيجاب وقبل القبول حتى بعد القبول أيضا إلى القبض على ما بين في مواضعه وإلا لم يكن متبرعا ، والفرض أنه متبرع وكذا الحكم عند جمهور الفقهاء .

وأما على مذهب مالك فإنه لا يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه بل يلزمه التبرع لكن لا يدخل في ملك المتبرع له ولا يكون له حق في الانتفاع به إلا بعد الحيازة قبل وجود مانع بعد الإيجاب وقبل الحيازة والموانع عند أربعة .

---

(١) والوصية إن كانت لنفيع معين كالفقراء تتم بإيجاب الموصي وحده . وإن كانت لمعين فلا يتحقق فيها قبول الموصي له ولكنها ترتد برده . وقال زفر إنها في هذه الحالة أيضا تتم بالإيجاب وحده قياسا على الميراث . وهو قياس مع وجود العار . انظر كتابنا التزام التبرعات

والقاعدة هي ( أن المعروف عند مالك وأصحابه لازم لمن التزمه  
ما لم يوجد مانع قبل الحيابة أو ما يقوم مقام الحيابة من الطرف الآخر )  
وسنشرح السبب في ذلك عند بيان قوة الوعد فيما سيأتي .

### والموانع عندهم أربعة .

( الأول ) الدين المحيط بمال المتبرع سواء أ كان هذا الدين ثابتا  
وقت إيجاب التبرع أم حادثا بعده . وبطلان التبرع في الحالة الأولى  
بالاتفاق ، وأما في الحالة الثانية فبطلان التبرع إنما هو على القول  
المشهور في المذهب .

وإنما كان أولى من التبرع لأن أداءه واجب بالنص والاجماع ،  
وأما التبرع فهو تفضل ، وغاية الأمر أنه يكون مندوبا إليه ،  
والتبرعات الشرعية في الرتبة الأولى في التقديم عند التراحم والتعاضد  
انظر تراحم الوصايا في كتابنا التزام التبرعات .

( الثاني ) موت المتبرع وذلك لأنه بموته ينتقل الملك إلى غيره  
وهو الوارث ولا يجبر الوارث على تنفيذ ما التزمه مورثه من التبرع  
قبل تمامه ، ولأن حق الوارث في الميراث ثابت بالاجماع بخلاف حق  
المتبرع له قبل الحيابة ، وهو المقصر في تراخيه في حقه حتى مات المتبرع  
( الثالث ) خروج المتبرع عن الأهلية بالجنون أو العتة إذا اتصل  
ذلك بموته فلا يجوز للمتبرع له أن يجوز ما تبرع له به حال جنون الوهاب  
أو عتته ، بل يوقف الأمر فإن أفاق أفاقا بينة كز له في هذه الحالة أن  
يجوز ما تبرع له به ، وتكون حيابته صحيحة وإلا فلا .

( الرابع ) أن يمرض المتبرع بعد إعجابه مرض موت فلا يجوز

للمتبرع له حياة المتبرع به وقت ذلك المرض . فإذا شفى المريض شفاه  
بيننا من مرضه كان له حياة ما تبرع له به

ويقوم مقام الحياة

أولاً أن يجد المتبرع له في طلب المتبرع به ليعوز به نفسه. والمتبرع  
بماطله ويسوفه حتى يموت المتبرع فلا يبطل تبرعه بموته تنزيلاً لجمده  
المتبرع له منزلة الخوز بنفسه ، فكأنه حازه فعلاً . ومن صور ذلك  
أن يرفع دعوى على المتبرع يطالب بالتبرع به ثم يموت المتبرع  
أثناء المرافعة .

ثانياً

أن يتصرف المتبرع له في العين المتبرع بها كالحبة : قبل أن  
يحوزها وقبل قيام أحد الموانع بما يخرج المتبرع به من ملكه كالاتفاق  
والبيع فإن ذلك التصرف يقوم مقام حوزة وإن لم يشهد عليه

ثالثاً

إذا قبض المتبرع له الشيء المتبرع به قبل القبول ليتروى هل  
الآحسن له القبول أو الرد حتى مات المتبرع فقبل المتبرع به بدمونه  
صح ذلك .

تنبيه - ما أسلفناه هذا عام في جميع التبرعات من هبة وصدقة  
ووقف وغيرها حاشا الوصية فإنه للموصي أن يرجع في وصيته قبل  
موته إلا إذا اشترط عدم الرجوع فإن يلزم بشرطه على أحد القولين  
في مذهب مالك . وقبول الوصية بعد موت الموصي . ونرى تفصيل  
ذلك في كتابنا التزام التبرعات وكتابنا الأخير في الوصية .

(تمه) موت الموهوب له لا يبطل الهبة بل وارثه يقوم مقامه ولو كان الموهوب له قد مات قبل علمه بالهبة . هذا وانظر كتابنا التزام للتبرعات .

والمقصود هنا - هو أن لنا عقودا يكفي لوجودها شرعا ارادة واحدة وحكما من حيث لزوم الإيجاب وعدم جواز الرجوع فيه قد بيناه آنفا . وقد جمعت أحكامها المتعلقة بذلك في موضع واحد لتخلص منها .

### ركن العقد

الذى يتوقف على توافق ارادتين متقابلتين  
لا بد في هذا العقد من الإيجاب والقبول معا ولا يجوز الرجوع  
عن الإيجاب قبل القبول للمعنى الذى قلناه فى صفحة (٥٤)  
الإيجاب والقبول

من معاني الإيجاب فى اللغة الإلزام والاثبات . ومن معاني القبول التصديق والموافقة . والمراد بالإيجاب هنا ما يصدر من أحد العاقدين أولا ، سمي إيجابا لاثباته ما يريد الموجب . والقبول هو ما يصدر من العاقد الآخر بعد الإيجاب من الأول مصدقا وموافقا له . فلو قال شخص لآخر بعث لك دارى القلاية بألف جنيه مصرى . فقال الآخر اشتريتها منك انفسى بهذا الثمن الذى ذكرته كان قول الأول « بعث » إيجابا وقول الثانى « اشتريت » قبولا . ولو أن المشتري قال أولا اشتريت وقال البائع بعد ذلك « بعث كلف قوله اشتريت إيجابا وقول



الآخر بعث قبولاً . وهكذا في سائر العقود وفي الحقيقة كل من الإيجاب والقبول اثبات غير أن الإثبات الثاني سمي قبولاً تمييزاً له عن الإثبات الأول ولأنه يقع قبولاً ورضاً بفعل الأول .

### ربط القبول بالإيجاب

ولا بد من ربط القبول بالإيجاب ليتحقق معنى العقد . والربط في الماديات كربط طرف جبل بطرف جبل آخر مما يتحقق وجوده ويرى بحسبة البصر ، أما في المنويات كربط القبول بالإيجاب فلا . وذلك لأن الإيجاب كلام ينطق به العاقد الأول . والقبول كلام ينطق به العاقد الثاني بعد أن ينتهى كلام الأول . وقد قالوا إن اللفاظ أعراض سيالة تنقضى بمجرد النطق بها فإذا جاء الكلام الثاني لا يجد شيئاً يرتبط به كما هو الشأن في الماديات على ما مثلنا آنفاً ولكن للضرورة اعتبر فيها الإيجاب قائماً وقت النطق بالقبول ولذا وجب أن يكون عقب النطق بالإيجاب فوراً . قالوا وهذا هو القياس وبه قال الشافعي . ولكن أبا حنيفة وأصحابه وجدوا أن هذا قد يكون فيه عسر بالقابل ولذا استحسنوا أن يجوز القبول مع التراخي لكي يتمكن القابل من التفكير والتروي وقيدوا هذا بالمجلس - أى في العقود التي يشترط فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول وهاك حجة القول فيه

### مجلس العقد

مجلس العقد هو مكان اجتماع العاقدين . وبعض العقود يشترط لوجوده شرعاً اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ومن ذلك عقود المعاوضات

بالاتفاق، وسائر عقود التلبيكات على الخلاف في ذلك كالمطبة على مذهب مالك فإنه لا يشترط فيها اتحاد المجلس . والوصية يستحيل فيها اتحاد مجلس الإيجاب والقبول لأن القبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصى، بل يكفي القبول فيها بسكوت الموصى له بمقدم رده . والاطلاعات كالوكالة لا يشترط فيها اتحاد المجلس أيضا ولو قيل أن يباشر ما وكل به ويعتبر هذا قبولا منه دلالة . وكذلك العقود التي يكون فيها أحد الركبتين ميمنا والثاني معاوضة كالخلع فإن كان الإيجاب من الزوج صح قبول الزوجة في مجلس آخر . وذلك لأن الإيجاب هنا بمعنى اليمين . أما إذا كان الإيجاب من الزوجة فلا بد من أن يكون القبول في المجلس لأن العقد في هذه الحالة بمعنى المعاوضة

والمجلس قد يكون مكانا منفردا وقد يكون متحركا كالسفينة والدابة . فلو تعاقد البيع (مثلا) وهما في بيت من دار أو في سفينة وهي تجري صح العقد ولا ينقطع المجلس بحريان السفينة ولو عقدها وهما بمشيان أو سيران على دابتين أو دابة واحدة في محل واحد فإن خرج الإيجاب والقبول منهما متصلين انعقد البيع وإن كان بينهما فصل وسكوت - وإن قل - لا ينعقد لأن المجلس تبدل بالمشي والسير وإن قل . وقيل يجوز في المشيين أيضا ما لم يتفرقا بأبدانهما . والاول هو ظاهر الرواية

ولما كان ربط القول بالإيجاب واجبا على ما أسلفنا نزم لذلك اتحاد المجلس . وفي ذلك رعاية مصلحة الطرفين . أما الموجب فلكي يتبين إرادة القابل قبل أن يفترقا حتى يكون على بينة من الامر .

ولا يبقى تحت رحمة الطرف الآخر . وأما القابل فلكي يطمئن على أن الموجب لم يعدل عن إيجابه . لذا وجب ألا يتفرقا حتى يكون كل منهما على بينة من أمره . وانظر ما تقدم في صفحة (٥٤)

#### موافقة القبول للإيجاب

ولا بد لتحقيق المقدم شرعا من توارد الإيجاب والقبول على محل واحد وإلا فلا وجود للمقد شرعا . فإذا قال شخص لآخر أجرتك داري التي بالزمالك ، فقال الآخر قبلت استئجار دارك التي بالجزيرة فلا عقد بينهما لعدم توارد الإرادتين على محل واحد . وكذلك لانعقاد فيما لو قال رجل لآخر زوجتك ابنتي فاطمة فقال الآخر قبلت زواج ابنتك مألثة .

غير أن مخالفة القبول للإيجاب إذا كانت إلى خير مع اتحاد المحل فلا يمنع ذلك تحقيق المقدم شرعا . وذلك لوجود الموافقة ضمنا . ومن أمثلة ذلك ما إذا قال البائع للمشتري بعتك هذه الفرس بمائة جنيه مصري فقال المشتري اشتريتها منك بمائة وعشرين ، فإن البيع ينعقد بينهما بمائة . وأما العشرون التي زادها المشتري فلو قبلها البائع في المجلس لزمته المشتري أيضا . وكذا لو قال المشتري للبائع لشريت منك هذه الدار بألف فقال البائع بعتها منك بتسعمائة انعقد البيع بينهما بما قلته البائع ويعتبر أن البائع أبرأ المشتري من مائة . والبراء إسقاط يتم بالإيجاب وحده فلا يتوقف على القبول ، وإن كان يرتد بالرد لما فيه من معنى التملك ، على ما أسلفنا . ومن أمثلته أيضا ما لو قال الخاطب لخطوبته زوجتك بألفين فقالت قبلت زواجك بألف انعقد الزواج

م . ٥٥ - الأثر

الزواج بينهما بألف على اعتبار أنها قبلت بألفين وحطت عنه الفها  
- ولاحظ اسقاط - وكذا لو قالت له زوجتك بألف فقال قبلت  
بألفين انمقد الزواج بألف وأما الألف الأخرى التي زادها فلا تلزمه  
إلا إذا قبلتها بالجلس

وانظر أحوال مخالفة الوكيل للموكل في كتابنا - التصرف  
بطريق النيابة عن الغير - فهناك تجد أصل هذا الموضوع وتفرعاته  
وكل ما يتعلق به (١)

---

(١) وما يلغى ذكره هنا ما يتعلق بتفريق الصفقة في عقد البيع ونحوه : وهما  
جمله القول في ذلك . إذا كان الموجب واحدا سواء أكان بائعا أم مشتريا وكان  
المخاطب متعددا فلا يجوز تفريق الصفقة بقبول بعضهم دون بعض ، لما في ذلك من  
الاضرار بالموجب . فلو قال زيد لكل من بكر وخالد ووجب بتمك دارى الفلانية  
بكذا فقبل واحد منهم أو اثنان فقط فلا يجوز البيع إلا إذا أجله زيد البائع .  
وكذا لو قال خالد لزيد وبكر وعمر الشركاء في ملك دار لهم اشتريت مشك تلك  
الدار بكذا فقبل بعضهم دون بعض لا يجوز البيع أيضا إلا إذا رضى به المشتري  
بعد ذلك ، دفعا لضرر تفريق الصفقة عنه ، ولأنه ربما لا يرضى بشريك له في هذه  
الدار . وإذا تعدد الموجب واتحد المخاطب لم يحز القبول في حصصا واحد دون الآخرين  
للسبب المتقدم . وإذا اتحد كلاهما لم يحز القبول في بعض المبيع دون بعض إلا إذا  
أجله من يحزره تفريق الصفقة من بائع أو مشتر بشرط أن يكون المبيع مما ينقسم  
عليه الثمن بالأجزاء كأن يكون عينا واحدة قيمة أو من التليات كالتمكيل من بر  
وشعر ونحوهما ، وحققنا يكون القبول إيجابا ، والرضا قبولا ويطل الایجاب  
الاول . مثاله أن يقول المشتري قبلت شراء نصف الدار بنصف الثمن المسمى أو قبلت

### ما يعبر به عن الإيجاب والقبول

من المعلوم أن كل شيء يريده الإنسان يكون أولا في نفسه  
ثم يعبر عنه بما يدل عليه ليعرف المخاطب مراده ، كما قيل  
أن الكلام لئى الفؤاد وإنما جمل اللسان على الفؤاد دليلا  
والذى يعبر به عن العقود كافة واحد من ثلاثة اللفظ والاشارة ،  
والكتابة وقد يكون المقد بغير ذلك على ما سيتبين لك مما يأتي

---

شراء أردب من أردبين بنصف الثمن المعروض على . أما إذا كان المبيع متعديا  
ولا يمكن انقسام الثمن عليه إلا بالقيمة لتفاوت قيم وحداته كدار وبستان ، أو  
فرس وبقرة وجل فلا يجوز تحريق الصفقة فيه ولو رضى الموجب إلا إذا فصل الثمن  
وكرر لفظ الإيجاب كأن يقول ببتك هذه الدار وهذا البستان ، ببتك الدار بكذا  
وببتك البستان بكذا أما إذا لم يفعل ذلك فالصحيح أن البيع لا يصح ولهذا الموضوع  
بقية فلتراجع في الدرر ورد المختار وغيرهما .

ومعنى الصفقة ضرب اليد على اليد . وقد كان من عادة العرب قبل الاسلام أن  
يعضب المشتري يده على يد البائع إذا كان قد رضى بالبائع ، ثم سمي عقد البيع صفقة.  
ويقال صفقة خاسرة وصفقة رابحة كما يقال ربحت صفقة فلان ، والمراد بفريق  
الصفقة في اصطلاح الفقهاء تجرئة العقود عليه بالرضا يحض دون بعض مخالفا في  
ذلك القول للإيجاب .

### اللفظ

هو الأصل في التعبير عن الإيجاب والقبول ، بل هو الأصل في  
تعبير كل انسان عما في نفسه في كل شيء ، وعلى هذا يصبح العقد  
بالقول سواء أ كان باللغة العربية الصحيحة أم باللغة العامية أم بلغة  
غير عربية مادام الكلام مفهوما للسامع يؤدي الغرض المطلوب .  
والعبارات المستعملة في العقود إيجابا وقبولا لا يمكن حصرها ، بل  
يرجع في ذلك الى العرف والعادة ، والسبب في هذا ان ما يعبر به ليس  
من الامور التميدية بل هو من الامور التي مرجعها الى عادات الناس  
وعرفهم لانها من شؤون دنياهم ومتعلقة بحياتهم

### الاشارة

يصح الإيجاب والقبول في جميع العقود بالاشارة المعروفة من  
الأخرس للضرورة لئلا تعطل معاملاته ويسلخ من إنسانيته  
وهنا بحثان

( الاول ) اذا كان الآخر غير عارف بالكتابة صحت كل  
عقوده بإشارته المبهودة التي تبين عن غرضه ، وهذا لا خلاف فيه بين  
الفقهاء ؛ أما اذا كان عارفا بالكتابة التي يستطيع بها الابانة عن غرضه  
فهل تصح عقوده بالاشارة في هذه الحالة أو لاتصح الا بالكتابة ؟  
المعتمد أنها تصح بكل منهما وهو رواية الجامع الصغير ، وعليها جاءت  
المادة العشرة من كتاب الاحوال الشخصية لقدرى باشا ، لاطلاق

النص فيها ، ووجه هذا القول ان الاشارة من الاخرس مع تحريك شفثيه وتصويته بما يبين عن مقصوده أقرب الى اللفظ وأمس به من الكتابة فيجوز اداء الغرض بها ، ولا يبنى اهلها كما لا يبنى اهل اللفظ مع القدرة على الكتابة ، واختار بعض المحققين من الفقهاء في المذهبين الحنفى والشافعى ان مع قدرة الاخرس على الكتابة لاتصح عقوده ولا اقراراته الا بها ، لأنها أضبط وأبعد عن الاحتمال . وهذه هى رواية الاصل ، ولأنك أن القول الثانى أوجه من القول الاول الذى اعتمدوه لان وجهه أقوى ، ولذا اخذت به لأئمة المحاكم الشرعية المصرية فى اقرار الاخرس اذ جاء فيها مانصه « اقرار الاخرس يكون بإشارته الممهودة ، ولا يعتبر اقراره بالاشارة اذا كان يمكنه الاقرار بالكتابة » المادة ( ١٢٨ )

( الثانى ) غير الاخرس اذا كان معتقل اللسان لسبب ما يشترط لاعتبار اشارته دوام عقلته الى الموت ، وبعض الفقهاء قدر الامتداد الى سنة .

لكن الفتوى على القول الاول ، ولا يخفى ما فى هذين القولين من الحرج والحرج مدفوع شرعا ، والاولى عندى هو تصحيح تصرفاته بإشارته ، بل بإيمائه مع قيام اهليته اذا لم يكن قادرا على الكتابة للضرورة مع اخذ الاحتياط لذلك بكل ما فى الوسع فلا تعطل اعماله ومعاملاته ولا يلحق به الفتن والضرر فى أى تصرف من تصرفاته .

وأما القادر على النطق فلا تعتبر اشارته مطلقا لكنهم استثنوا

من ذلك اقراره بالنسب بشارته ، وذلك لأن النسب يحتاط في اثباته  
حفظاً للولد من الضياع

قال في جامع الفصولين : صبي يد رجل فقيل له أهذا ابنك  
فأوما برأسه أى نعم ، يثبت نسبه منه اه  
( تنبيه ) على أحد القولين في مذهب مالك تصح الحوالة بالاشارة  
ولو من الناطق ولينظر وجهه

### الكتابة

كذلك يصح المقد بالكتابة ، وصورة ذلك ان يكتب شخص  
الى آخر اني بعث منك أرمي القلانية منك بكذا فإذا وصل الكتاب وعلم  
مافيه وقال في مجلس وصول الكتاب اليه قيلت - وكان قبوله موافقا  
لايجاب الموجب تماما - انعقد البيع بينها ، ويكون كأن الموجب حضر  
بنفسه وخاطب المكتوب اليه بالإيجاب وقبل منه الآخر في المجلس  
ولو رجع الموجب عن ايجابه قبل ان يصل كتابه الى المكتوب إليه  
صح رجوعه ، وكذا لو وصل اليه الكتاب ورجع قبل أن يقبل ،  
وبالجملة قال جرج صحيح قبل قبول الآخر مطلقا ، أما رجوعه بمد قبول  
المكتوب إليه فلا يصح لأنه جاء بعد تمام المقد وخروج الامر من  
يده - والمسألة مسألة اثبات وقائم

ولو قبل عن الغائب شخص حاضر مجلس الإيجاب صح القبول  
موقوفا على اجازة الغائب فان اجازته لم والا فلا ، وهذا حل آخر  
لمسألة المقدين حاضر وغائب وسيأتي هذا في الكلام في الفضالة  
وكذلك الزواج - انظر كتابنا الأموال الشخصية - ومثله سائر



المقود .

### الرسالة

الرسالة هي نقل كلام الموجب بواسطة الرسول كما ينقل كلامه  
بواسطة الكتاب

فالرسول أعماهو ناقل - فقط لكلام المرسل - وليس وكيل عنه -  
انظر الفرق بين الرسالة والوكالة

ومصورة الرسالة أن يرسل الشخص رسولا إلى شخص آخر غائب  
عن المجلس يقول له : ان فلانا باع منك داره الفلانية بمبلغ كذا وانه  
أرسلني اليك لابلئك ذلك

فاذا ذهب اليه الرسول وبلغه الرسالة وقبل المشتري في المجلس  
انقعد العقد بين المرسل والمرسل اليه بعبارة نفسها أنفسهما : عبارة  
الموجب المنقولة على لسان الرسول ، وعبرة القابل . والشأن في ذلك  
كالشأن في الكتابة . والفرق بينهما ان المنقول بالكتاب كلام مكتوب ،  
والمنقول بالرسالة كلام ملفوظ والغاية في كل منهما واحدة

(تمة) لو قال شخص بعت داري الفلانية من فلان الغائب  
يكذا ، وأمر شخصا بتبليغه ذلك فتطرح بالتبليغ شخص آخر غير المأمور  
بقبل الغائب البيع صح ذلك

وهذا بخلاف ما لو علم الغائب بإيجاب البيع بدون أن يأمر الموجب  
أحدًا بالتبليغ أصلا . والفرق بينهما انه في صورة الأمر بالتبليغ قد أظهر  
الموجب من نفسه الرضا بالبيع . فكل من بلغ الغائب ذلك كان التبليغ  
رضاه الموجب ، فان قبل الغائب البيع

أما إذا لم يأمر أحداً بالتبليغ فلم يظهر رضاه به فلم يصح ، حتى إذا قبل الغائب فلا عقد بينهما .

هذا - وقد يعرف كل من الإيجاب والقبول بطرق أخرى غير ما تقدم ومن ذلك :

#### المعاطة

هي المناولة باليد ، والتعاطى هو تناول . يجوز أن يكون التعاقد من الطرفين بالفعل بدون كلام ولا إشارة ولا كتابة ويجوز أن يكون هذا من طرف واحد مادام الفعل دالا على الرضا بشهادة العرف والعادة وقرائن الأحوال . ومن هذا التهادي بين الناس ولا سيما المكولات ، وكذا في إعطاء الصدقات وتناولها وفيما يخلعه الملوك والسلاطين من الخلع والأوسمة على ماجرت به العادات وفي إعطاء المكفآت والشهادات العلمية وشهادات الشرف . وكذا في البيع والاجارة والهبة خصوصاً في المحقرات وهو ما كانت قيمته قليلة . وقيل يصح البيع بالمعاطة في الخسيس والنفيس على ما هو المتمد في المذهب الحنفي . وقال شيخ الاسلام ابن تيمية في بيان القول الثاني فيما تنعقد به العقود أنها تصح بالأفعال فيما كثر عقده بالأفعال كالبيعات بالمعاطة وكالوقف في مثل من بنى مسجداً وأذن للناس بالصلاة فيه أو سبل أرضاً للدفن أو بنى مطهرة وسبلها للناس . وكبعض أنواع الاجارة كمن دفع ثوبه إلى غسال أو خياط يفصل بالاجرة أو ركب سفينة ملاح وكالهديّة ونحو ذلك .

فإن هذه العقود لو لم تنعقد بالأفعال الهائلة عليها لفست امور

الناس ، ولأن الناس من لدن النبي ﷺ إلى يومنا هذا مازالوا يتعاقدون في مثل هذه الأشياء بلا لفظ ، بل بالفعل الدال على المقصود . وهذا قول الغالب على أصول أبي حنيفة وهو قول في مذهب أحد ووجه في مذهب الشافعي ، بخلاف المعاطاة في الأموال الجليلة فانه لا حاجة اليه ولم يجربه العرف اهـ

وصورة المعاطاة من جانب واحد أن يقول البائع للمشتري بعت لك هذا القدر بكذا ، فيدفع المشتري الثمن ، ويأخذ المبيع بدون أن يتكلم

ومما يتصل بذلك ما إذا قال شخص لآخر وهبت لك هذه الساعة (مثلا) وكانت الساعة حاضرة بمجلس العقد فيأخذها الموهوب له بدون أن يتكلم كان هذا جائزاً ولو بلا اذن الواهب وذلك لحصول الاذن من الواهب بالقبض دلالة . وكذا إذا قبض الموهوب له الشيء الموهوب باذن الواهب وهو غائب عن المجلس أما إذا قبض في هذه الحالة بغير اذن الواهب فالقبض غير صحيح . وعليه ضمانه إذا هلك . وفي هذا خلاف ملاك .

وهنا أمر يجب التنبيه له جداً وهو ان الهبة وغيرها من التبرعات يتم الالتزام فيها بالايجاب وحده لكن الملك للمتبرع له أو لا تتفاد لا ينتقل إلا بالحيازة على ما أسلفنا فلا تنسه عن هذا

ويقاس على الهبة جميع العقود التي لا يتم حكمها الا بالقبض مثل الرهن والقرض والاعارة والوديعة فان القبض فيها يعني عن القبول قولاً لقيومه مقامه

(تمة) إذا كان الشيء الذي هو موضوع العقد في يد الطرف الثاني وقت العقد فإن كانت يده عليه وقتئذ يد ضمان فلا حاجة إلى تجديد القبض اكتفاء بذلك القبض الحاصل وقت العقد. وإن كانت يده عليه يد أمانة، فإنه ينظر إن كان القبض الواجب بالعقة قبض أمانة أيضاً فلا حاجة إلى إعادة القبض ثانياً، وإن كان القبض الواجب بالعقد قبض ضمان فلا بد من إعادة القبض ثانياً.

مثال ذلك إذا كان شيء في يد بكر قد استتماره من زيد أو استودعه زيد إياه ثم وهبه له أغنى القبض الأول عن الثاني لأن كلا منهما قبض أمانة، فهما متساويان. أما إذا باعه له فلا بد من تجديد القبض لأن الأول قبض أمانة والثاني قبض ضمان فلا يقوم الأول مقام الثاني لأنه قبض ضعيف والثاني قوى

أما إذا كان ذلك الشيء الذي هو مملوك لزيد في يد بكر بطريق الغصب (مثلاً) فباعه زيد لبكر أو وهبه له فإن القبض الأول يغني عن القبض الثاني لأنه بالنسبة لقبض البيع مثله لأن كلا منهما قبض ضمان وبالنسبة لقبض الهبة أقوى منه لأن الثاني قبض أمانة، والقاعدة أنه إذا تجانس القبضان ناب الأول عن الثاني

فلا حاجة إلى قبض جديد. وإذا اختلف القبضان قوة وضعفاً، فإن كان الأول هو الأقوى ناب عن الثاني مطلقاً، وإن كان الأول هو الأضعف فلا بد من تجديد القبض (١) غير أنه في حالة اغناء القبض

(١) يد الأمان ويد الضمان ويد الملك

الاول عن الثاني لا بد من القبول بعد الايجاب لظهور الرضا بالمقد ،  
ولذا لا يكتفى بالقبض وحده . فليكن هذا على ذكر منك  
(السكوت)

وقد يقوم السكوت مقام القبول القولى أو الفعلى كما فى الوصية  
فان الموصى له إذا سكوت بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى  
مات تمت الوصية ويعتبر عدم رده قبولاً لان الوصية تمت من ناحية  
الموصى وقد مات وهو مصمم عليها فيجب تنفيذها تحقيقاً لفرضه بعد  
موته . وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأصحابه . وقيل ينتقل حق  
القبول إلى ورثة الموصى له . انظر كتابنا التزام التبرعات وكتاب  
الوصية الأخير ، وكذلك يدل عدم الرد فى الإبراء وفى الوقف

---

اليد التى تحت حوزتها المال اما بد ملك وفى هذه الحالة يجوز لذى اليد أن يتصرف  
فيه التصرف المأذون له ، به شرعاً سواء كان الملك خالصاً أم متعلقاً بحق لغيره ، مع  
مراعاة حق غيره . واما أن تكون يد ضمان كالمنسوب والمقبوض بشراء فاسد أو  
على سوم الشراء أو بيع باطل على قول ، ومنه المبيع فى يد البائع بما صحيحاً قبل  
تسليمه الى المشتري ، والرهن فى يد المرتهن . وأما أن تكون يد أمانة كفى الودعة  
تحت يد المودع عنده والعارية والصين المستأجرة فى يد المستعير والمستأجر ومال  
الموكل فى يد الوكيل وغلة الوقف فى يد الناظر ومال اليتيم فى يد الوصى . والضمان  
اما أن يكون بالمثل أو القيمة أو بشئ آخر كما فى المبيع تحت يد البائع قبل تسليمه  
الى المشتري والرهن تحت يد المرتهن . والضمان يكون عند هلاك الشئ ولو بآفة  
سماوية ( القضاء والقدر ) وأما الأمانة فلا تضمن إلا بالتدنى أو الإهمال فى الحفظ  
أو الجحود .

على معين على الرضا بسكوت كل منهما عن الرد، ويعتبر عدم الرد  
قرينة على القبول  
وقد يقارن السكوت قرينة تدل على الرضا عادة فيقوم السكوت  
مقام القبول.

ومن أمثلة ذلك : سكوت المنكر عند مشاورة وليها لها قبل  
النزويج وبعده . وسكوتها عند قبض أيها أو جدها مهرها .  
وسكوتها إذا بلغت بكرًا عن اختيارها نفسها . وسكوت التصديق  
عليه قبول للصدقة لا الموهوب له . وسكوت الوكيل قبول ويرتد  
برده . . ومنه سكوت من له نقود في مصرف عند تقديم الحساب له  
وكذا سكوت من له أسهم مودعة في بنك أو غيرها من الودائع ؛  
على ما جرت به العادة ، وتدلل عليه القرائن ، حينما يقدم اليه  
كشف بالبيان .

(تتمة) سكوت الواهب عن الموهوب له عند قبض الموهوب  
وهو بمجلس عقد الهبة ليس من هذا قبيل لأن رضاه حاصل بإجابه  
والإذن بالقبض حاصل دلالة كما قدمنا . وانتسب نريد التكلم هنا  
في بيان السكوت القائم مقام القبول . فلا ننس هذا . والسكوت  
المجرد من كل قرينة لا يعمل عليه . والقاعدة هي : لا ينسب  
لساكت قول.

#### الارادة الظاهرة والارادة الباطنة (١)

المقصود بالارادة الباطنة ما تنفق عليه النية ويمزم عليه القلب ،

(١) لا نظير لهذا التمييز في الكتب الفقهية الشرعية . وإنما يبر عن الارادة

والمراد بالارادة الظاهرة ما يعبر به اللسان - أو ما يقوم مقامه -  
ولما كان هذا الموضوع مما يدور فيه البحث فقد رأيت تبسيطه  
بالتقدو المستطاع  
وهالك يمان ذلك :

١ - هل يتعقد بالارادة الباطنة عقد أو لا يتعقد ، قال جمهور  
الفقهاء ان الارادة الباطنة لا تكن وحدها لأن تكون مصدرا  
للاتزامات بل لا بد أن يضم اليها التعبير عنها على ما سلفنا ، وروى  
أشهب عن مالك ان الطلاق يقع بالنية وحدها ، وهو مروى عن  
الزهري ، وتوقف ابن سيرين في وقوع الطلاق بها بدون تلفظ ، وقال  
ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئا من ماله وبتله له بقول أو نية  
فلا يجوز له ان يصرقه الى غيره ، وهو ضامن له ان فعل ، وسواء أكان  
للمال من عنده أو جعل له تفرقة ، ومعنى بتله أى جعله له من الآن  
فاما فيما بينه وبين الله فان الله لا تخفى عليه خافية ، وأما فيما بينه وبين  
زوجته وذلك المسكين فلا يمكن ان يعلمه أحدهما الا باخباره ، وبعد  
فان حديث النفس معفو عنه للحديث الذى رواه ابن حزم « عني لأمي  
مما حدثت به أنفسها ما لم تخرجه بقول أو عمل » وحجة مالك الحديث  
الصحيح المتفق عليه « انما الاعمال بالنيات » ولكن بالتأمل في هذا  
الحديث يرى انه لا يصلح حجة له لأنه لم يفرده فيه النية عن العمل ،  
فبقى وقوع الطلاق بالنية وحدها لادليل عليه

الباطنية بالنية وعن الارادة الظاهرة باللفظ وما قام مقامه . والمراد بالارادة الظاهرة  
ما يدل عليه التعبير من المنى

٢ - ان ينطق اللسان عما يعبر به من عقد من العقود كطامت زوجتي فلانه : أو بمت دارى القلانية لفلان ، وفي هذه الحالة اما أن يكون اللفظ جرى على لسانه بدون قصد منه للنطق بهذا اللفظ بل كان يريد ان ينطق بغيره فجرى هذا اللفظ على لسانه خطأ ، واما أن يكون قد قصد النطق باللفظ لكنه لم يرد معناه ولا أى معنى آخر لاحقيقة ولا مجازا ، واما ان يكون قصد اللفظ وقصد معناه المتبادر منه عند سماعه ، أو قصد معنى آخر للفظ يحتمله من جهة الوضع اللغوى أو المجاز

### الحالة الاولى

حالة عدم قصد اللفظ والمعنى جميعا وهي حالة الخطأ ، واخطأ هو وقوع الشيء على غير ارادة من وقع منه فاذا أراد رجل ان يقول لامرأته انت عالة (مثلا) فجرى على لسانه على غير قصد منه أنت طالق ، فقد اختلف الفقهاء في هذا فذهب ابو حنيفة واصحابه الى وقوع الطلاق عليه قضاء بناء على الظاهر لأنه قد باشر السبب فهو مختار في اللفظ طاهرا ، واما من جهة الديانة فلا يقع الطلاق لعدم النية وقال ابن حزم ان قامت عليه ينة قضى عليه بالطلاق : وان لم تقم عليه ينة لكن آتي مسفتيا لم يلزمه الطلاق برهان ذلك قول الله عز وجل « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم » وقول رسول الله ﷺ « إنما الاعمال بالنية » وانما لكل امرئ ما نوى فصح العمل بالنية ، ولا نية الا بعمل ، واما اذا قامت بذلك ينة فانه حق قد ثبت ، وهو في قوله لم أنو صدح بطلان ذلك الحق الثابت



فدعواه باطل اه يريد بحسب الظاهر لأن لكل مطلق ان يدعى أن  
الطلاق جرى على لسانه بدون قصد منه فلا يقع طلاق أصلاً ، لكن  
إذا وجدت قرينة تدل على عدم قصده الطلاق وكان الأمر في ذلك  
جلياً جداً فإن الطلاق ينبغي ألا يقع لعدم مقارنة القول النية إذ لانية  
للطلاق أصلاً ، جاء في المحلى وفتح القدير وحكاه ابن نسيه وابن القيم  
أن امرأة قالت لزوجها سمى فسمها الطيبة ، قالت ما قلت شيئاً قال فها  
ما سميتك به قالت سمى خلية طالق ، قال فانت خلية طالق ، فأنت عمر  
ابن الخطاب فقالت ان زوجي طلقني ، فجاء زوجها فقص عليه القصة  
فأوجع عمر رأسها وقال لزوجها خذ بيدها وأرجع رأسها اه  
أقول قارن هذا بما جاء في كتب المذهب الحنفي من ان الطلاق  
يقع من الزوج ولو كان غيرها غير عالم بمعناه ، ومثلوا لذلك بما لو قالت  
امرأة لزوجها اقرأ على انت طالق ثلاثاً ، ففعل وهو لا يعلم معناها  
وقع عليه الطلاق فضلاً (١)

---

(١) نقل في الفتح عن الخلاصة لو لقنت المرأة — زوجت نفسي من فلان ،  
بالعريه — ولم تعرف معناها بحضرة الشهود وهو يعلم معناها أو لا يعلم صح  
النكاح كالطلاق ، وقيل لا كاليه اه فيؤخذ من هذا ومن مسألة الطلاق في قولها  
اقرأ على أنت طالق الخ . أنه لا عبرة للنية ولا لفهم معنى اللفظ الذي يقال . والماتل  
بذلك اعتمد على مسألة الهزل وهو قياس مع الفارق لأن المازل قاصد اللفظ عالم  
بمعناه لكنه يريد ألا يترتب عليه الحكم ( انظر الحالة الثانية ) فاین هذا من يتدع  
فيقن لفظاً لا يعرف له معنى وكذلك الشهود ، فأى شيء هذا ؟ كذلك قياس المكره  
على المازل هو أيضا قياس مع الفارق لأن المازل لا قصد له أصلاً إلى أى معنى أو

وأقول: ان الثقل قد اختلف في هذا، على ما هو مبين في فتح  
 القدير. والله در صاحب الفتح اذ يقول مانصه: والحاصل انه اذا قصد  
 السبب علما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أرادته أم لم يرده -  
 الا ان أراد ما يحتمله، وأما انه اذا لم يقصده أو لم يدر ما هو فيثبت  
 الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فما ينبو عنه  
 قواعد الشرع... وقد قال الله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم »  
 وضمر بامر ين أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب  
 عالم بحكمه - فالتأوه لغلطه في ظن المحلوف عليه، والآخر أن يجري  
 على لسانه بلا قصد الى اليمين، كلا والله، بلى والله، فرقع حكمه  
 الدنيوى في الكفارة لعدم قصده إليه فهذا تشريع لعباده الا يرتبوا  
 الاحكام على الاسباب التي لم تقصد. وكيف ولا فرق بينه وبين التائم  
 عند المليم الخبير من حيث انه لا قصد له الى اللفظ ولا حكمه، وانما  
 لا يصدقه غير المليم وهو القاضي اه

وتقل ابن حزم عن مالك قال. اذا قال الرجل لامرأته انت طالق  
 البتة وهو يريد ان يحلف على شيء ثم بدأ له فترك اليمين فليست  
 طالقا لانه لم يرد ان يطلقها، وهو قول الليث بن سعد، اقول ومثله  
 في اعلام الموقعين وهنا العبرة بالاداة الباطنة، ثم نقل عن الشافعي  
 عرض غير اللعب والمزاح، وأما المكروه قصده دفع الأذى عنه. كذلك رواية  
 نصير وقوع طلاق الخطأ قضاء ودبانه قال صاحب الفتح أن لا يمول عليها وأنكرها  
 ابن حزم وشنع على أبي حنيفة في هذا.  
 وأقول: كيف يستقيم القول بوقوع الطلاق وبأنه مع قوله تعالى « ليس عليكم  
 جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تصمتت قلوبكم »

ماغلب المرء على لسانه بغير اختيار منه لذلك فهو كذا قول لا يلزمه مطلق ولا غيره اهـ .

والحاصل أنه من جهة الديانة لا يعمل على شيء مما ينطق به اللسان بخالفا للنية وأما من جهة القضاء فالظاهر التمويل على ما ينطق به اللسان ولو خطأ ما لم تقم قرينة قوية جدا على أن الانسان لم يردده إذ لا يعلم معناه على ما أسلفنا . وصعوبة الأمر في هذه المسألة آتية من جهة أن القاضي لا يستطيع أن يطلع على الباطن . اللهم إلا إذا ساعدته على ذلك قرينة جلية جدا فينبغي له الاعتماد عليها . وإذا كان الخطأ قد جرى على لسان أحد المتعاقدين كما لو قال شخص لآخر بعت لك دارى الفلانية بكذا فقال الآخر قبلت ، فقال الأول أنا أخطأت لأنى أردت أن أقول أجرت لك فسبق لسانى بكلمة بعت لك . فالحكم أنه إذا صدق الطرف الثاني على ذلك انعقد البيع بينهما فاسدا لفقدان الرضا من الموجب وإذا لم يصدقه في أنه أخطأ كان حكم إيجابه كحكم إيجاب القاصد لأنه لا يمكن اثبات الخطأ في هذه الحالة بيينة ولا تقبل دعوى البائع فيه مجردة لأن كل انسان يمكنه أن يدعى ذلك ، فلا يستقر الحال ، فلم يبق إلا تصديق الطرف الآخر .

وأقول انه لا مانع من أن يحاول القاضي تعرف الحقيقة من ظروف الحادثة وقرائن الأحوال لعله يصل إلى ما تطمئن اليه النفس في ذلك .

### الحالة الثانية

أن يقصد النطق باللفظ غير مراده معنى أصلاً . وهذا هو المسمى في الاصطلاح بالهزل . والهزل في اللغة ضد الجد . والمراد به هنا أن ينطق الانسان باللفظ راضياً مختاراً لكنه لا يريد معناه الحقيقي ولا المجازي ، بل يصدر عنه الكلام لعباً محضاً لا يقصد به أى معنى . وهذا بخلاف الخطأ فان الخطيئ لا يريد أن ينطق باللفظ الذى أخطأ به . بل اللفظ جرى على لسانه بدون رضا واختيار منه ، على ما أسلفنا . وبخلاف الإكراه فان المكروه ينطق باللفظ تحت تأثير الإكراه دفماً للضرر عنه فله في النطق به اختيار فاسد لم يصدر عن ارادة صحيحة على ماسبق ، والحاصل أن الهازل يتكلم بالإيجاب (مثلاً) مختاراً راضياً لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه .

فالهازل ليس له نية ( أى ليس له ارادة باطنة ) أصلاً فما جرى على لسانه هو عمل بلا نية ، والأعمال بالنيات . وإنما اختيار النطق باللفظ الدال على طلاق أو بيع بحسب وضمه الشرعى يدل ظاهراً على أن له ارادة . ولا يقال في هذه الحالة بموافقة الارادة الظاهرة للارادة الباطنة أو بمخالفتها لما لأنه ليس له في الواقع إلا إرادة واحدة بحسب الظاهر .

والأمر الذى اتفق عليه الفقهاء والاصوليون إن الانسان متى باشر السبب أى سبب المقد طائماً مختاراً رتب عليه الشارع حكمه - متى صدر من أهله في محله - فللمبدء مباشرة الاسباب فقط ، والرب هو الذى يرب عليها مسبباتها فالياتم ينطق بلفظ البيع والشارع هو

الذى يرتب على ذلك نقل ملكية المبيع إلى المشتري ، والعبد ينطق بلفظ الطلاق والشارع هو الذى يرتب عليه الفرقة ، وهكذا . فسواء أراد الانسان ترتيب المسبب على السبب أم لم يردده فالمسبب مرتب شرعا على سببه شاء العاقد ذلك أم أبى بعد مباشرته السبب بلفظ صريح طائعا مختاراً على ما بينا آنفاً .

لكن لو تبين أن العاقد لم يرد ترتيب المسبب على السبب وقام الدليل على قصده هذا لا يعتبر ماصدر منه في حالة الهزل بل يعتبر قصده الحقيقي إلا في ثلاثة أشياء الزواج والطلاق والرجعة ، أو العتق بدل الرجعة لحديث ورد في هذا مستحكم عليه بعد . ولذا قسم علماء الأصول انشاءات الهازل إلى قسمين . قسم يؤثر فيه الهزل فيفسده ، وقسم لا يؤثر فيه الهزل فيصح معه . وهما جملة القول في ذلك .

القسم الأول : وهو ما يؤثر فيه الهزل فيفسده

كل ما يدخله خيار الشرط ويقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب يفسده الهزل وذلك كالبيع وما الحق به بطريق القياس عليه - على ما سيأتى في موضعه .

قالوا أن الهزل وخيار الشرط بينهما وضع جامع وهو أن كلاهما يراد فيه السبب ولا يراد الحكم في الحال ، لكن في الهزل لا يراد الحكم لافي الحال ولا في المآل ، كما تقسم ، وفي خيار الشرط قد يراد الحكم في المآل بإجازة من له الخيار ، وقد لا يكون للاجيزة . وقت معين كخيار الشرط على التأييد ، على ما سيأتى . فناسب أن يكون بيع الهازل نحوه نظير البيع الذى اشترط فيه الخيار على التأييد . قال في شرح أصول

نفر الاسلام لما كان أثر الهزل أن ينافي اختيار الحكم والرضا به وجب  
تخريج أحكام التصرفات مع الهزل على هذا الحد . أى على انقسامها  
في حكم الرضا والاختيار . فكل حكم يتعلق بالسبب ولا يتوقف ثبوته  
على الرضا والاختيار يثبت مع الهزل كالزواج وأخوانه وكل حكم يتوقف  
على الرضا والاختيار كالبيع وأخوانه لا يثبت مع الهزل

وعلى هذا يجوز اثبات المواضعة بين العاقدين على الهزل بشهادة الشهود  
أو بالكتابة وإذا ثبت ذلك بطل العقد الحاصل بطريق الهزل على  
ما هو مبين في موضعه . وهذا لفقدان الرضا بذلك العقد الظاهر أمام  
الناس ، وأنه عقد متواطأ عليه لغرض ما . وبالجملة فهذا القسم يدور فساد  
وضحته على محور الرضا به فإذا انتفى الرضا بالعقد الظاهر لثبوت  
المواضعة السابقة عليه ؛ عمل بالمواضعة وبطل العقد الظاهر ، لأن  
الهزل فيه أصبح دعوى بلا دليل فوجب العمل بالظاهر وإن لم تثبت  
المواضعة عمل بالعقد الظاهر

القسم الثاني : مالا يؤثر فيه الهزل ولا يبطله . وهو الزواج  
والطلاق والرجعة ، أو العتق بدل الرجعة . ومثله في ذلك ما لا يدخله  
خيار الشرط ولا يقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب كالتنذر والصلح  
عن دم العمد . وهاك بيان ذلك .

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يصح مع الهزل كل من الزواج  
والطلاق والرجعة ، أو العتق . فلا يشترط في شيء منها الرضا بالحكم  
منى نطق الانسان بالسبب من زواج وطلاق الخ .

واستدلوا على ذلك بحديث « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد  
النكاح والطلاق والرجعة » (١).

وعلى هذا فلا يوجد إلا إرادة واحدة وأنه يكتفى بها عند التلفظ  
بما يدل على عقد الزواج أو الطلاق أو الرجعة ، أو العتق على الرواية  
الأخرى . وأما الإرادة الباطنة أي نية القلب فهذه لا وجود لها أصلاً  
في حالة الهزل واللعب ؛ لأن هذا هو المفروض في المسألة ، وفي هذا

---

(١) وهذا الحديث مروي عن أبي هريرة . قالوا وفي إسناده عبدالرحمن بن حبيب  
ابن أزدك وهو مختلف فيه وقال النسائي أنه منكر الحديث . وفيه عن فضالة بن  
عبد الله عند الطبراني بلفظ « ثلاث لا يجوز فيهن اللب الطلاق والنكاح . والعتق »  
وفي إسناده ابن طيبة وهو لا يعول عليه . وفي رواية أخرى بلفظ « ثلاث لا يجوز  
اللب فيهن الطلاق والنكاح والعتاق فمن قالهن فقد وجبن » وهو منقطع الاسناد .  
وفي رواية من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ، ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ،  
ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز ، وفي إسناده انقطاع أيضاً . اهـ من نيل الأوطار .  
وقال ابن حزم في أثناء الكلام في طلاق المكره : واحتجوا أيضاً بآثار منها « ثلاث  
جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » وهي أخبار موضوعة وقدرونها  
من طريق عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو منكر الحديث مجهول لأن قوما قد  
قالوا عن عبد الرحمن بن حبيب ، وقوما قالوا حبيب بن عبدالرحمن . ثم ساق أخباراً  
في الموضوع ورددها كلها . وما تقدم يرى أن هذا الحديث وتلك الأخبار الأخرى  
لا تصلح مستنداً لحكم شرعي لعدم توافر شروط السند على ما هو مبين في كتب  
الأصول ، فضلاً عن الاستناد إليه في أمر خطير وهو بناء الأسرة ومهدمها .

من الخطورة ما فيه على ما سأبينه .

وبعد فإن هذا الحديث إما أن يكون صحيح السند يصح بناء الحكم الشرعي عليه وإما أن يكون غير صحيح السند فيجب أن يطرح ولا واسطة بين هذين الأمرين .

وان كان الأمر كذلك فما كان ينبغي أن تختلف الأقوال في الصحة أو عدم الصحة بل كان يجب أن ينتظم الجميع حكم واحد . ولكن لم يكن الأمر كذلك ، فانصت الى أسمحك . نقل في نيل الاوطار ما يأتي :

ن من تلفظ هازلا بلفظ نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق وقع منه ذلك . أما في الطلاق فقد قال بذلك الشافعية والحنفية وغيرهم وخالف في ذلك أحمد ومالك فقال أنه يقتصر اللفظ الصريح الى التنية . وبه قال جماعة من الأئمة منهم الصادق والباقر والناصر .

واستدلوا بقوله تعالى ( وان عزموا الطلاق ) فدللت الآية على اعتبار العزم ، والهازل لا عزم له . ونقل عن صاحب البحر جوابا لذلك ليس بذلك . وقال في أعلام الموقعين ما يأتي :

وأما طلاق الهازل فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه صحيح كما صرح به النص . وهذا هو المحفوظ عن الصحابة والتابعين وهو قول الجمهور وحكاه أبو حفص عن أحمد وهو قول أصحابه وقول طائفة من أصحاب الشافعي . وذكر بعضهم أن الشافعي نص على أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه . ومنهيب مالك التي رواه



ابن القاسم عنه وعليه العمل عند أصحابه أن هزله النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع .

وروى عن علي بن زياد أن نكاح الهازل لا يجوز . قال بعض أصحابه فإن قام دليل الهزل لم يلزمه عتق ولانكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من المهر .

وأما بيع الهازل وتصرفاته المالية فانه لا يصح عند القاضى أبي يعلى وأكثر أصحابه وهو قول الحنفية والمالكية . وقال أبو الخطاب فى انتصاره يصح بيعه كطلاقه . وخرجها بعض الشافعية على وجهين ، ومن قال بالصحة فاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة اهـ .

وفى منح الجليل وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير مثل ما تقدم عن بعض أصحاب مالك من أنه اذا قام دليل الهزل لم يلزم الهازل شيء . وذلك كالمثل الذى يمثل مع زوجته أمام الجمهور حادثة طلاق ، أو مع أجنبية حادثة زواج والناس سامعون ومشاهدون . فاية فوضى هذه القوضى ؟

وباليت شعرى ما السبب فى هذا الاختلاف فاما الصحة على فرض عدم صحة الحديث فى الكل . فوأما عدم الصحة على فرض صحة الحديث ثم من أعجب المجب قيلس البيع وسائر التصرفات المالية على الزواج وأخواته فأين ذهب قوله تعالى : إلا أن تكون تجارة عن راض منكم ، وابن ذهب حديث « إنما الأعمال بالنيات » وكيف يتم عقد أو تمليك بدون الرضا ، وما قيمة الآرادة إذا فى نظر هذا البعض من الشافعية

يقول ابن القيم تبعا لشيخه ابن تيمية : والفقه فيه ان الهازل  
أنى بالقول غير ملزم لحكمه وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع  
للالعقد . فاذا أنى بالسبب لزمه حكمه شاء أم أبى لأن ذلك لا يقف  
على اختياره . وذلك أن الهازل قاصد للقول مرید له مع علمه بعنائه  
وموجه ، وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما  
إلا أن يعارضه قصد آخر كالسكره والمخادع المحتال فأنهما قصدا  
شيئا آخر غير معنى القول وموجه .

ألا ترى أن السكره قصد دفع المذاب عن نفسه ولم يقصد  
السبب ابتداء . والمحلل قصد اعادتها إلى المطلق وذلك مناف لقصده  
موجب السبب . وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ولا ما ينافى  
حكمه فترتب عليه أثره .

ولما أحس بأن بيع الهازل يقال فيه مثل هذا فلم يختص الحكم  
بالنكاح وإخوانه . أجاب بأن العقود في نظر الشارع تنقسم إلى قسمين :  
مالا يصح مع الهزل وما يصح مع الهزل ، ثم التمس مبررا للتاني بأن  
حق الله تعالى متعلق بالنكاح والطلاق والعق والرجعة من حيث  
الحل والحرمه . وأن الانسان لا يلقى به أن يهزل مع خائفه ، وإن جاز  
له ذلك مع مثله في البيع ونحوه

ويكفيينا مؤونة الرد بلا تطويل على كل من يقول أن هذه  
العقود تصح مع الهزل وأن الأصل في كل عقد الرضا حديث «انما الأعمال  
بالتيات » وأحاديث الباب مختلفة السند بل قيل أن بعض رواياتها منكر  
الحديث فيجب فيها جميعا في جميع ما أجازوه مع الهزل ووجوب اشتراط

الرضا في كل عقد كما هو مقتضى الشرع الحكيم الذي شرعه الله للناس لأجل مصالحهم في حياتهم وفي معاشهم ولا سيما في بناء الأسس وفي هدمه فيجب أن يكون البناء سليما متينا ولا يهدم إلا إذا لم يكن صالحا للبقاء . وحسبك قوله تعالى في بيان علاقة أحد الزوجين بصاحبه : ( هن لباس لكم ، وأنتم لباس لهن ) كيف يكون هذا بين زوجين لم تتوجه ارادة أحدهما إلى ارتباطه بالآخر ، أو لم يرض كلاهما بأن يكون زوجا لصاحبه .

والناظر في الآيات الكريمة والأحاديث الشريفة المتعلقة بالزواج والطلاق ، جملة واحدة يتبين له من مجموع ما شاهد ما قلناه ، وكان الواجب على الفقهاء ألا يغضوا النظر عن هذا بل يحملونه موضع عنايتهم الكلية في تقرير أحكام الزواج والطلاق . والا فتفكر أرشدك الله والهتك الصواب في حكمك كيف تكون أسرة على غير رضا كل واحد من الزوجين بصاحبه وكيف تهدم أسرة لسبب واحد أو لغيره ما سبب والعلاقة فيها بين الزوجين على أتم ما يكون ولا سيما إن كان بينهما أولاد يعيشون بين عيني والديهم وسميما هذا هو الذي كان ينبغي أن يفكر فيه ويلاحظ عند تقرير الأحكام لا تلك القشور التي لالبت فيها . وإن هذا لم يكن استدرا كه بفضل الرجوع إلى كتاب الله تعالى وهدى رسوله والتشبع بروح النصوص بالنظر إلى غاياتها ومراميها والتأمل في حكمتها ومعاييرها (١) .

(١) ربما يقول قائل من يترجم هذا الكلام كيف يترك العمل بحكم شرعي قال به جمهور الأمة كل هذا الزمن أكان كل هؤلاء عتقين ؟ أقول - أولا - أي قديمت

### الحالة الثالثة

أن يكون قد قصد اللفظ أو ما يقوم مقامه لكنه لم يقصد معناه الشرعى المتبادر منه وإنما قصد معنى آخر يحتمله اللفظ بحسب وضعه. وفي هذه الحالة تعتبر الإرادة الباطنة (نية القلب) من جهة الديانة. وأما في القضاء فالمعول عليه هو المعنى المتبادر من اللفظ.

---

السبب في هذا فلا داعى إلى التكرار ثم أقول - ثانيا - أن لجنة الأحوال الشخصية قد أجازت في مشروع قانون الوصية، الوصية للوارث - انظر المشروع وشرحناه ومذكرته الايضاحية وكتابنا التزام التبرعات. وحديث «لا وصية لوارث» مشهور لم يطن في سنده ولكن كان للاجتهاد مجال في فهمه وهو حديث مشهور وليس فيه ما ينافى مصالح الناس ولا يخل بنظام المجتمع ويمكن أن يملل تعليلا معقولا بخلاف حديث «ثلاث جدهن جد، على ما بينا فاذا جاز الاعتراض على ما قلته فالاعتراض على اجازة الوصية للوارث أولى منه وهو عمل لجنة من خيار رجال الشرع والقانون كذلك أخذت اللجنة بوجوب الوصية في بعض الحالات على ما هو مبين في المشروع ومذكرته وهو مخالف لما ذهب إليه جمهور الأمة. كذلك أخذ الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بوقوع الطلاق مقترنا بلفظ الثلاث طلاق واحدة ورجعية وهو مخالف لما اتفقت عليه المذاهب الأربعة وكذا عدم وقوع الطلاق المعلق إذا أريد به العيين. فإن قيل أن ما أخفت به اللجنة قال به فريق من الفقهاء، أقول وكذلك ما قلته أنا قال به ابن حزم الظاهري وأقام عليه الدليل وأن الحديث في سنده من شكر عليه ما يحدث به، وقال بعض أصحاب مالك إذا قام دليل الهزل فلا زواج ولا طلاق ولا رجعة على ما بيننا، ولذا -

فلو قال رجل لزوجته أنت طالق ثلاثا وقال أردت أنها طالق من  
لوثاق أى غير مقيده فانه يصدق ديانة لا قضاء .

### الحالة الرابعة

ان يكون قد قصد اللفظ أو مايقوم مقامه وقصد معناه للتبادر  
منه شرعا . وفى هذه الحالة تطابق الارادة الظاهرة المفهومة من العبارة  
الارادة الباطنة ( نية القلب ) تطابقا تاما . والأمر فى هذا واضح، وهذا  
هو ما اقتصرت عليه الشيعة الأمامية .

### والخلاص

١ - ان النية وحدها لا ينمقدها شئ خلافا للزهري ومالك .  
٢ - وان كان اللفظ وحده بدون قصد له ولا لعناه ( وهو الحالة  
الأولى ) اختلف فى بناء الحكم عليه : وأما الارادة الباطنة فلا وجود  
لها أصلا . وإذا بنى الحكم على الارادة الظاهرة المفهومة من اللفظ  
ولو كان النطق به غير مقصود وقوفا عند الظاهر عند القائلين ببنائه :  
الحكم على ظاهر اللفظ .

وأقول لو قامت قرينة على الخطأ وعدم ارادة اللفظ ولا الحكم  
فانه يعمل بتلك القرينة ولا يبنى على العبارة شئ .

٣ - وان قصد النطق باللفظ هازلا ولم يرد أى معنى من المعاني  
ففى العقود المالية كالبيع وأخواته يفسد العقد بذلك لفقدان الرضا .  
وفى الزواج وأخواته يصح العقد مع الهزل على ماذهب اليه الجمهور  
ولا عبرة بعدم الرضا . وقواعد الشريعة المادلة للبنية على الحكمة

ومصالح العباد قاضية بشروط النية والرضا في هذا القسم أيضا على ما أسلفنا .

وحيث أن الإرادة الباطنة لا وجود لها هنا فإنه يعمل - عند الجمهور - بالإرادة الظاهرة في الزواج وأخواته، وأما في البيع وأخواته فإن قام دليل المواضعة عمل بها وبطل العقد الحاصل مع الهزل وذلك لفقدان الرضا .

٥ - وإن كان اللفظ مقصودا ومعناه الشرعي مقصودا أيضا فقد وجدت المطابقة بين الإرادتين . والأمر واضح .

نظر رجال القانون إلى الإرادتين

الباطنة والظاهرة

النظر المنطقي المجرد يرى بناء الالتزام على الإرادة الباطنة لأنها هي التي تنشئ الالتزام وتحدده ويرتبط بها رضا العاقد التام . فيجب البحث والتفتيش عنها في مكان النفس وحنايا الضمير بكل الوسائل، ولا يعمل على ما يعبر به العاقد من قول أو كتابة مما يدل ظاهرا على خلاف ما انطوت عليه نفسه متى قام الدليل على مخالفة إرادته الظاهرة لإرادته الحقيقية الباطنة، ولذا لو أراد أن يتخلص مما ألزمه بقوله أو بكتابه محتجا بأنه صدر عنه مخالفا لما كان في نفسه وقتئذ . وأراد تقديم الدليل على ذلك قبل منه الدليل . وهذا هو ما يراه الفقهاء الفرنسيون وهو أقرب إلى المدلول الانصاف وتحقيق رضا العاقد . لكن فقهاء الألمان نظروا إلى المسألة من الناحية العملية وإلى الاعتماد عن التمسك والتخبط

في مطاوى النفس على غير هدى حدسا وتحمينا في الكثير الغالب ،  
وانتهى بهم الأمر الى صرف النظر نهائيا عن الارادة الباطنة والتفتيش  
عنها ، واعتبروا الارادة الظاهرة المدلول عليها بالقول أو الكتابة هي  
الاصل المنشىء للالتزام . ووقفوا بذلك عند حد المحسوسات المدركة .  
فلو أراد العاقد أن يقيم دليلا على مخالفة ارادته الظاهرة لارادته الباطنة  
لا يلتفت اليه ولا يقبل منه ذلك الدليل العكسي لأن مدلول ما عبر به  
اعتبر أصلا لا دليلا على ارادة باطنة يدعيها حتى يقبل منه دليل على دعواه  
يرجع على الدليل الاول الظاهر .

ويجوز لنا أن نقول ان الرأي الاول هو القياس : والرأي الثاني  
استحسان أريد به استقرار المعاملات . فقانون بين هذين وبين آراء  
فقهاء الشريعة فيما اسلفنا .

### ( تنبيه )

قول فقهاءنا المعبر في المقود للمقاصد والمآلى لا للالفاظ والمباني ،  
مرادهم به أن اللفظ ان كان موضوعا لمعنى شرعى فمعبر به عن معنى  
شرعى آخر بطريق التجوز نظراً الى جملة ما يدل عليه كلام العاقد ومقصده  
منه فيصير هو المعتبر . وذلك كما اذا قال شخص لا آخرو هبت لك هذه  
البقرة بجملك كان هذا عقد بيع ولا يمنع من ذلك التمييز بلفظ  
( وهبت ) .

ومن ذلك أن الكفالة المشروط فيها برامة ذمة المدين حوالة ،  
والحوالة بمرط عدم برامة ذمة المدين كفالة ، ولا يقال للمعاقد يجب

أن تعسيفي الاول بكلمة الحرالة وفي الثاني بكلمة الكفالة ، بل يقبل منه ماقاله نظرا الى معناه ومقصوده . وبما ضربوه مثلا لهذا أنهم اعتبروا بيع الوفاء رهنا نظرا الى المعنى وهذا هو القول المفقى به وان كانوا فوتوا بذلك على العاقدين غرضهما ، كالا يخفى عند التأمل . ووراء هذا القول سبعة أقوال أخرى مما يدل على اختلاف نظرهم في تكييف بيع الوفاء ، وغرض العاقدين منه مفهوم .



## محل العقد

محل العقد أى المقود عليه هو مورد العقد ويجب أن يكون قابلاً لحكم العقد طبعاً وشرعاً . وقد تقدم أن العقد إما أن يراد منه تسليم شيء أو فعل شيء أو الامتناع عن شيء .

ويشترط لصحة عقود المعاملات المالية أن يكون كل من البديلين معينا تعيناً نائفاً للجهالة حتى لا يكون نزاع ولا خلاف عند التسليم والتسليم ، وتعين المقود عليه يكون بالإشارة إليه إذا كان حاضراً كقولك بعتك هذه الفرس بعشرين جنيهاً مصرياً . أو بالإشارة إلى مكانه الخالص ان كان موجوداً فيه وقت العقد كقولك بعتك ما في هذا الالاء بعشرة قروش صانعاً مصرياً . وقد يكون المقود عليه غير معين بذاته وفي هذه الحالة يكون تعيينه ببيان وصفه مع بيان مقداره كيلاً أو عدداً أو وزناً أو مساحةً أو بأى بيان نلتقى به الجهالة الفاحشة فإذا بقى بعد ذلك شيء من الجهالة فإنها تزول برؤية المشتري إياه .

والأشياء المقود عليها بميتها يشترط أن تكون موجودة حتماً وقت العقد ولا يجوز أن يعلق العقد على وجودها في المستقبل لأن هذا من التردد انتهى عنه شرعاً . وعلى هذا ينتظر حتى يوجد ثم يفتد عليه بعد وجوده . وأما مالا يوجد دفعة واحدة بل يوجد شيئاً بعد شيء كالشافع عرضية كانت أم مادية فهذه يجوز العقد عليها بطريق المعاوضة وبطريق التبرع . ولا يقال في هذه الحالة ان المقود

عليه معدوم وقت العقد . والجواب عن هذا أنه لا يمكن أن يكون  
الا هكذا بخلاف ما يوجد بعد أن لم يكن ويبقى حافظا لكيانه بعد  
وجوده الأجل المحدود له فهذا من المخاطرة أن يكون موضوع العقد  
عند عدمه وقت العقد اعتمادا على توقع وجوده في المستقبل . إذ ربما  
لا يوجد . وهذا في المعاوضات بالاجماع أما في التبرعات فلا مانع من  
أن يكون العقود عليه معدوما وقت العقد حتى اذا وجد في المستقبل  
فقد الالتزام به ، وان لم يوجد فلا ضرر ، اذ لا غرر .

ولما كان القرض من النهي عن بيع الغرر هو منع ما يتبرع التزاع  
والشقاق ويؤدي الى أكل أموال الناس بالباطل ، ولا شك أن هذه  
مفسدة كبيرة لكن اذا عارضتها مفسدة أكبر منها وجب دفع الكبرى  
بالصغرى .

وقد أرشدنا الشرع الى هذا الأصل العظيم فانه لما ورد النهي عن  
الربا واحتاج الناس الى المرايا أرخص لهم فيها وهذا ما تقتضيه أصول  
الحكمة التي بعث بها ﷺ وعلما أمته . وبالجملة فكل ما احتاج اليه  
الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب أو فعل  
محرم لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بياغ ولا عاد .  
وان كان سببه معصية كالسافر سفر معصية اضطر فيه الى الميتة ،  
والتفق للمال في المعاصي حتى لزمته الديون فالتف يؤمر بالتوبة  
ويباح له ما يزيل ضرورته فيباح له الميتة ويقضى عنه دينه من الزكاة ،  
وان لم يتب فهو ظالم لنفسه وقد رجح أخيرا جانب النظر العملي لأجل  
استقرار المعاملات حتى وصل الامر في بيع المعدوم تبعا للموجود أنه

إذا بدا صلاح في بعض أنواع جنس من الأجناس كنوع من النمر  
اعتبرت الأنواع الباقية تابعة لما بدا صلاحه . بل زاد الامام الليث بن  
سعد فقيه مصر على ذلك أن صلاح الجنس كالتفاح واللوز يكون  
صلاحا لسائر أجناس الثمار لأن الحاجة تدعو الى ذلك

والحاصل أن الناس قد صارت لهم خبرة ومعلومات على حسب  
العادة المستمرة وبذا صارت الاغلاط في التقديرات نادرة والحدس  
والتخمين مع هذه التجارب والمشاهدات وكثرة المعاملات يكادان يفيدان  
ظنا راجحا . ومن هنا يتبين لك أن الشرع الاسلامي بني على أساس  
العدل ومنع الظلم ورعايه مصالح الناس واستقرارهم في معاملاتهم  
وكثيرا مايكون محل المقدر فعلا مطلوبا لأحد العاقدين من  
الآخر . اما فعلا مجردا ويأخذ الأجر عليه . وقد تكون مادة  
العمل من عند الصانع كما في الاستصناع وهو مستفيض منتشر  
ينتنا بكثرة .

ومن الحقوق التي تصلح محلا للتماقد . حق الشفعة وحق التملق  
على مذهب مالك وحقوق الارتفاق على مذهب أحمد  
ومن الامتناع عن فعل شيء التزام الموصى علم الرجوع عن  
الوصية على قول في مذهب مالك . والتزام الوالدين عدم اعتصام ما وهبا  
لولهما على مذهبه أيضا واعطاء المرأة زوجها مقدارا من المال على ألا  
يتزوج عليها في مذهب مالك أيضا

قلت لآخر ان امتنعت عن شرب الخمر وعن الفسق فلك كذا

صح هذا فإذا مضت مدة تبين فيها صلاح حاله واستقامته تبين استحقاقه للمال .

### السبب والباعث

( القصد في العقود )

لكل عقد شرعى غاية اقتضائها حكمة الشارع لوصول الناس الى أغراضهم من معاشهم ووضع لكل عقد ما يحقق ذلك على ما هو مبين فى الكتب الفقهية .

فمقد البيع ( مثلا ) الفرض منه نقل ملكية المبيع الى المشتري فى مقابلة الثمن . وعند الاجارة الفرض منه انتفاع المستأجر بالمعين للمستأجرة وعقد الزواج الفرض منه حل كل من الزوجين للآخر وهكذا .

فإذا قصد الناس من عقودهم هذه المعاني التى رتبها الشارع على كل عقد واستوفى المقد كل الشروط المطلوبة لتحقيقه كان المقعد صحيحا . وقد يكون بناء على غرض لأحد العاقدين أو كليهما ينطوى فى الواقع على أمر يخالف للشرع أو محرم ولكنه لم يعلن فهل يبطل المقعد لأجل هذا ، أو يحكم بصحته بناء على خلو ظاهره مما يبطله .

مذهب جمهور الفقهاء أن يكتفى بالظاهر فيحكم بصحة المقعد ، ومذهب فريق من الفقهاء المحققين أن المقعد باطل لانطوائه على أمر محرما شرعا ولا سيما ان قلعت على ذلك شواهد لا يستطيع ردها بل يكون محاولة ردها عنادا ومكابرة .

(مثال ذلك)

رجل طلق امرأته ثلاثاً ثم أراد أن يتزوجها ثانياً . فاتفق مع آخر - ويكون عادة من الوضعاء جداً - فافضى الأخلاق على أن يعقد على تلك المطلقة ويبيت معها ليلة ثم يطلقها في الصباح فأنها بذلك محل لزوجها الأول أن يعقد عليها مرة ثانية وهذا هو مذهب الجمهور مادام العقد سليماً مما يبطله أو يفسده . وذهب المحققون من علماء الشريعة إلى أن هذا العمل زنا محض . والأمر المدهش في هذه المسألة هي أن المطلق ومطلقة وشهود العقد والجيران وأهل الحى بل أهل البلد كلهم يعلمون بحقيقة الأمر ولا يحجبهم ذلك الستار السخيف ، عن معرفة حقيقة الأمر ومع ذلك فليس إلا المكابرة والمعاندة . وبعد فهذه وصية عام ما كان ينبغي أن يقرها الفقهاء ويسكتوا عليها . والأمر فيها بين واضح .

(مثال آخر)

رجل أراد أن يقترض من آخر مائة جنيه (مثلاً) على أن يردها إليه بعد مدة معينة مائة وعشرين لكن الرجلين كليهما يتورعان عن صورة الربا فقط . فيتفقان على أن يبيع الأول للثاني شيئاً بمبلغ مائة وعشرين جنيهاً مؤجلة إلى مدة كذا . وبعد أن تتم الصفقة يشتري الأول من الثاني ذلك الشيء بمئنة بمبلغ مائة جنيه ويقبضه إياها في الحال تحقيقاً لقرضهما . والمحققون من الفقهاء قالوا يبطلانه لأنه ربا مستتر تحت صورة عقد بيع . وأما غير المحققين فلم يهتموا كثيراً لا أدري على أى أسس شرعية فقهية قد بنى ؟

وبعد فإن رأيي في هذا الموضوع هو أن الأصل أن تحمل المقود على أسبابها الشرعية الظاهرة التي يظهر أنها غرض المتعاقدين حتى إذا قام دليل أو قرينة على أن حقيقة الأمر غير ظاهره وجب التمسك بالحقيقة والأمر في هذا موكول إلى القضاة وقد يكون الأمر واضحا يئنا جدا لا مجال للتأويل فيه وقد يكون قريبا من ذلك وقد يندق .

اعتذار

قضت على ضرورة المرض أن أختصر فيما يأتي ورجأت في الله عظيم في تدارك الأمر بعد ذلك .

## عيوب العقد المؤثرة فيه

يشترط لصحة العقد الرضا ، فإذا خلا من الرضا ، أو وجد في الرضا خلل ، فالعقد غير صحيح . والأشياء المفقوتة للرضا : أو المحدثه خللا فيه : هي الإكراه ، والغلط ، والتدليس ، والغبن مع التفرير . وهاك جملة القول فيها :

### الإكراه

هو إجبار شخص على أن يعمل عملا بدون حق . وهو نوعان : « ملجئ » و « غير ملجئ » ، فالإكراه الملجئ هو ما يكون التهديد فيه باتلاف نفس ، أو عضو ، أو إتلاف كل المال . وغير الملجئ هو ما كان بغير ذلك مما يستطيع الإنسان الصبر عليه عادة مع احتمال المشقة وليس له مقياس ثابت إذ هو يختلف باختلاف الأشخاص ، بل باختلاف حالات الشخص الواحد ، من صحة ، ومرض ، وقوة وضعف ، وغير ذلك ويختلف باختلاف الظروف المحيطة بالحادثة التي وقعت تحت تأثير الإكراه فالواجب هو النظر في كل حادثة نظراً خاصاً لمعرفة إلى أي حد كان تأثير الإكراه فيها .

والإكراه الملجئ يفسد الاختيار ، ويعدم الرضا . وغير الملجئ بعدم الرضا فقط .

والرضا هو إتيان الإنسان للفعل الذي يفعله لرغبة له فيه . والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله : فإن كان مبنياً على رغبة صحيحة ، واستقلال في الرأي ، كان اختياراً صحيحاً ، وإن كان قد حصل تحت

تأثير من الخارج، وبدون استقلال في الرأي، وإنما فعله ارتكاباً لأهون الشرين فهو اختيار فاسد.

فإذا رغب إنسان في بيع داره، لغرض ما، وترجح عنده بيعها بمباعها مستقلاً برأيه وهو عاقل راشد، فهذا البيع مبنى على رغبة صحيحة ورضائهم واختيار صحيح (أى حر)، وإذا كان للإنسان أرض زراعية وهو مسرور بكونه مالكاً لها فقال له شخص آخر يعنى أرضك وإلا قتلتك، أو فقات عينك، فاختار أهون الشرين وباعها بهذا البيع لم يصدر عن رغبة، ولا رضا، ولا اختيار صحيح. وإذا قال لك قاتل: هبلى ساعتك هذه، وإلا كسرتها فهبتهأله تحت تأثير الإكراه فقد فعلت فعلاً بدون رغبة فيه ولا رضا به، ولكن اختيارك صحيح، لأنه إنما أدخل عليك غماً بتهديده، ولو نفذ ما توعد به، لكان الضرر جزئياً وذلك باتلاف بمض مالك.

#### شروط تحقيق الإكراه

يشترط أن يكون المكروه قادراً على فعل ماهدد به، وأن يغلب على ظن المكروه تنفيذ المكروه لماهدده به. أخذاً من ظاهر حاله، والظروف التي هو فيها، ويشترط أيضاً أن يفعل المكروه الفعل الذي أكره عليه بمحضرة المكروه. فإن فعله في غيبته، ولم يغلب على ظنه عوده، اعتبر راضياً مختاراً لفعله.

#### حكم الإكراه على العقود

العقود كلها تفسد بالإكراه فيفسد به كل من البيع والشراء والإيجار والاستعجار والهبة والصلح وتأجيل الدين وإسقاط الشفعة والكفالة



والحوال والوقف ، وكذا الاقرار ، وإبراء الدائن مدينه ، وإبراء الكفيل بنفس أو مال ، والوصية وسائر العقود .

وبناء على كون هذه العقود فاسدة على المشتري المبيع إذا قبضه كما يملكه في البيع الفاسد بدون إكراه . ثم يكون المكره بالخيار بعد زوال الاكراه عنه ، فإن شاء فسخ العقد ، وإن شاء أمضاه ، وبالإمضاء يروى الفساد . ولا ينقطع حق المكره في الفسخ ، وإن كان المشتري قد تصرف في المبيع وتداولته الأيدي

وقال زفر : ان العقود التي تقع تحت تأثير الاكراه ، تكون موقوفة لعدم الرضا ، فلا تبني عليها آثارها الا إذا أجازها المكره بعد زوال الاكراه . وهذا الرأي في نظرنا أحسن من الأول لقوة دليله الغلط

هو عدم معرفة وجه الصواب . وهو اما أن يكون في نفس محل العقد ، أي في ذات محل العقد أي في ذات وجوهه المقود عليه واما أن تكون في وصفه . فإن كان الغلط في ذات محل العقد كان العقد باطلا ، وذلك لقوات محل العقد ، فيكون العقد قد ورد على لاشئ ، أي على عدم ، والعقد على المدوم باطل على ما كما قدمنا ، مثال ذلك أن تقول لشخص : يمتك هذا الخاتم من اللس بكذا ، فقبل . ثم ظهر أن الخاتم من الزجاج

وإذا كان الغلط في الوصف فقط صح العقد ، ولكن يكون للمشتري الحق في فسخه لسبب قوات الوصف المرغوب فيه ، مثال ذلك : أن تقول لآخر : يمتك هذا الفص من الياقوت الاحمر بكذا ،

فيقبل منك ؛ وكان المقعد ليلا فلما جاء الصباح تبين أنه أصفر ففى هذه الحالة يكون المقعد صحيحا ، ويخبر المشتري بين أخذ ذلك الفص الاصفر بكل الثمن المسمى فى المقعد ، وبين فسخ المقعد وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه

والقاعدة فى ذلك أنه اذا اجتمعت الاشارة والتسمية فى عقد وكان المقعد عليه حاضرا ، ثم حصل غلط فتيين أن المشار اليه لا تنطبق عليه التسمية فاذا اختلف الجنس اعتبرت التسمية فيكون المقعد عليه هو المسمى ، وتلغى الاشارة وذلك كما فى المثال الاول فيعتبر المقعد عليه هو خاتم ماس ، ومن حيث أنه غير موجود فالبيع باطل ، أما اذا اتحد الجنس فيكون المقعد عليه ، هو المشار اليه ويلغى الوصف ، واذا يكون المقعد صحيحا كما فى المثال الثانى ، لكن يثبت للمشتري الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه

ومن أمثلة ذلك ما اذا باع فرسا على أنها من نسل الفرس الفلانية فتيين أنها ليست من نسلها فانه يكون للمشتري الخيار فى الفسخ وذلك لفوات الوصف المرغوب فيه . وهكذا

أقول - وعلى هذا إذا أردت أن يكتب لك شخص معروف بمجودة الخط مصعفا ، فتقاومت مع انسان ظننته الشخص المعروف فاذا به ليس اياه فالظاهر أن لك خيار الفسخ لفوات الوصف المرغوب فيه قياسا على المسألة المذكورة قبل هذه . وكذا لو أردت أن ترسم لنفسك صورة زيتية عند فلان الشهير باتقان هذه الصنعة وهكذا ، وبالجملة فكما يكون النلط فى الحل أوفى وصفه كذلك

يكون في العاقد فيما يتفاوت فيه الاشخاص من الاعمال . فاذا فات الوصف المرغوب فيه فقط كان لمن من مصلحته هذا الوصف خيار الفسخ ، لان الوصف المرغوب فيه يستحق بالشرط والذي يتعاقد معه على عمل لمعى في عمله لا يوجد في عمل غيره ، يكون عمله نزلة الوصف المرغوب فيه

### التدليس :

هو اخفاء العيب ، واظهار المقود عليه بصورة غير ما هو عليه في الواقع ، كالتي يبيع بقرة لأجل لبنها فيستمتع من حلبها مدة حتى يتجمع اللبن في ضرعها ، ثم يعرضها للبيع موها المشتري أنها حافلة باللبن فتظهر حقيقة أمرها للمشتري بعد أن يأخذها ، وهكذا من أنواع التدليس التي لا تحصى . وللدلس عليه أن يفسخ العقد بسبب ما عجزه من العيب في المبيع وغيره . أما المبالغة في القول في ترغيب الناس في السلع بقصد أن يقبلوا على الشراء مما جرت به العادة في الأسواق ، وفي الاعلانات المتنوعة التي تنشر ترغيباً للناس ، فليس شيء من ذلك تدليساً يعطى المدلس عليه الحق في فسخ العقد ، لأن العادة جرت بذلك ، والأمر فيها ظاهر ، لاخفاء فيه

وسياتي الكلام على خيار العيب في موضعه  
( الغبن والتغريب )

الغبن هو النقص . وقد يكون قليلا ، ويسمى بالغبن اليسير . أو كثيراً ، ويسمى بالغبن الفاحش ، والحد الفاصل بينهما هو : أن ما يدخل تحت تعويم القومين - أى تقدير المقيدين للقيمة - فهو اليسير ، وما

لا يدخل تحت تقويم القوميين ، فهو الفاحش . فلو بيعت دار بألف جنيه مصري (مثلاً) وقومها بعض أهل الخبرة بألف ومائة ، وبعضهم بتسعمائة وبعضهم بألف ، وبعضهم بألف وخمسين ، وبعضهم بتسعمائة وخمسين كان الغبن فيها يسيراً . أما إذا قوموها جميعاً بأقل من ألف ، بحيث لم يصعد واحد منهم بالقيمة إلى الألف ، كان في البيع غبن فاحش بالنسبة للمشتري . وإذا قوموها جميعاً بأكثر من ألف ، بحيث لم يهبط واحد منهم إلى الألف ، كان في البيع غبن فاحش بالنسبة للبائع . ونم رأى آخر وهو أن الغبن الفاحش في المقار ما زاد على ٢٠ ٪ وفي الحيوان ما زاد على ١٠ ٪ وفي عروض التجارة ما زاد على ٥ ٪ وفيها له أثمان محددة في الأسواق ما خالف تلك الأثمان ؛ بأية زيادة أو أى نقص . والاساس الذى بنى عليه هذا هو ظهور القيمة ووضوحها وضوحاً ينفك في بعض المبيعات ، وخفاؤها إلا على أهل الخبرة العارفين في بعضها كالمتعاقبات ، وتردها بين اخفاء والظهور . وقد تكون الى اخفاء أقرب كما في الحيوان أو الى الظهور أقرب كما في عروض التجارة التى ليس لها أثمان محددة ، فلاحتيال جعلوا للغبن الفاحش هذه الحدود في الاشياء المذكورة بناء على تلك الملاحظة

والغبن بتويعه لا يقتصر ، ولا يتسامح في شئ منه بالنسبة للاثني التركت ، فإذا باع المدين وهو مريض مرض الموت شيئاً من ماله بأقل من قيمته ، ثم مات وتركته مستقرقة بالدين ، فللدايتين في هذه الحالة أن يطلبوا من المشتري تكيل الثمن حتى يبلغ القيمة الحقيقية للمبيع وقت البيع ، فإذا أبى كان لهم الحق في فسخ البيع ، ووطئ الثمن الذى دفعه

المشترى اليه وينزع منه البيع . وثم مواضع لا يفتقر فيها الغبن اليسير ، لا يتسع المقام لها هنا

والغبن الفاحش لا يفتقر في مال اليتيم ، ولا في مال الوقف ، ولا في مال بيت المال ، وهذا بالاجماع سواء صاحب الغبن تفرير - أى خداع وغش - أم لم يصاحبه

وأما بالنسبة لغير هؤلاء المذكورين ففي المسألة ثلاثة آراء .

الاول - أن الغبن الفاحش ، مطلقا ، يحمل للمغبون حق الفسخ لأنه مظلوم

الثاني - أنه ليس للمغبون مطلقا حق في الفسخ لأنه مقصر

الثالث - وهو الرأي الذى عليه الممول : أن الغبن اذا صاحبه تفرير من العاقد الآخر ، أو من الدلال أو السمسار كان للمغبون الذى غر وخدع حق الفسخ ، وهذا بالاتفاق ، وذلك لأن لكل من البائع والدلال والسمسار مصلحة في ترويج السلع المعروضة للبيع . أما إذا كان المغرى شخصا أحتيايا أى غير المذكورين ، فقليل لاحق للمغبون في الفسخ لان الاجنبى لاشأن له في البيع . وقيل له حق الفسخ لاحتمال أن الاجنبى موعز اليه بذلك في مقابلة جعل يأخذه من البائع أو لغرض آخر

وهذا أشبه شيء ببيع النجش ، وصورته أن يتقدم شخص فيزيد في ثمن العين المعروضة للبيع لاجل أن يغرى شخصا آخر بشرائها . فان اشتراها ذلك الشخص الآخر ، وكان في الشراء غبن فاحش بالنسبة له . فله حق الفسخ على أحد الرأيين ، وان لم يكن

في الثراء غيب به فلاح له في الفسخ ، بل يعتبر ما صنع ذلك  
الشخص من باب تحمين السلع ؛ وترويج البضائع المعروضة للبيع  
ومما ينسب ذكره هنا « بيع المضطر » و « شراؤه »

وصورة شراء المضطر هي أن يضطر شخص الى طعام أو شراب  
أو لباس أو غير ذلك مما يكون في حاجة اليه ، ولا يرضى البائع أن  
يبيع له إلا بأكثر من قيمة الشيء الحقيقية ؛ أو ثمنه المعروف ؛  
بغبن فاحش ؛ فتضطره الحاجة الى الاخذ بما يفوله البائع . وحكم البيع  
في هذه الحالة أنه بيع فاسد ، فاذا قبض المشتري المبيع فلا يجب  
عليه للبائع إلا قيمته فقط

وصورة بيع المضطر هو أن يحتاج شخص الى نقود فيضطر  
الى بيع شيء من ماله ، والمشتري لا يرضى أن يأخذه إلا بغبن فاحش  
فاذا أخذه المشتري ووجد ما يمنع الرد وجبت عليه قيمته للبائع . كما  
هو حكم البيع الفاسد

والاضطرار كالاكره في المعنى

## الأهلية وعوارضها

أهلية الإنسان للشيء هي صلاحيته لصدور ذلك الشيء عنه .  
وطلبه منه ، وهذا هو معناه القوي ، وهي في لسان الشرع عبارة عن  
صلاحيته ومحلته للحقوق المشروعة له وعليه .

وتنقسم الأهلية إلى قسمين : أهلية وجوب ، وأهلية أداء .  
فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة  
له وعليه ، وملاك هذه الأهلية الذمة ، وهي خصوصية ميز الله تعالى  
بها الإنسان على غيره من سائر المخلوقات ، وجعله بها موضع التكليف  
دون غيره ، وهي ليست العقل وحده ، بل العقل معتبر فيها هو وسائر  
القوى الانسانية ، وبالجملة فالذمة هي خاصة من خواص الإنسان ترجع  
إلى تركيبه من بدن ونفس ناطقة وعقل وقوى ظاهرة وباطنة على هيئته  
التي أقامه الخالق عليها ، وهي ثابتة للإنسان لا تفارقه لحظة ما حتى تفارقه  
الحياة ، بل اعتبروها باقية حكما بعد موته ، حتى يستوفى ماله ويخلص  
مما عليه من الحقوق الدنيوية (١) ، كما سترى هذا في عارض الموت .

ويرى بعض الناس أنه لا حاجة إلى افتراض أن للإنسان ذمة ،  
وأنه لا معنى لأن يقال إن فلان في ذمة فلان قدر كذا من المال ، إذ

---

(١) إذا توجهت على الإنسان دعوى بعد موته فعلى ما ذهب إليه القدرى

يقضى على الميت بمحضرة وصيه ، وقيل يقضى على الوصي باعتباره وصى الميت ،  
وعلى كلا التفسيرين يكون نفاذ الحكم في مال الميت الذى تركه بعد وفاته ، ونظيره  
ما إذا وجهت الدعوى من وصى الميت على مدين له .

يكفى أن يقال ان الشرع ممكن الدائن من مطالبة المدين بهذا القدر من المال ، وهكذا جميع المطلوبات الأخرى ، فلا داعى الى افتراض أمر زائد يقال له الذمة . وقد رد على هذا القول ردا قاسيا الشيخ عبد العزيز البخارى شارح أصول فخر الاسلام وقال ان الذمة ثابتة بالاجماع . فمن أنكرها فهو مخالف للاجماع . ونقل عن القاضى الامام أبي زيد الدبوسى أن الذمة عبارة عن العهد فى اللغة : فأنه تعالى للمخلوق الانسان محل امانته أكرمه بالعقل والذمة حتى صار بهما أهلا لوجوب الحقوق له وعليه ، فثبت له حق العصمة والحرية والمالكية وسائر الحقوق التى منحها إياه فضلامنه ونعمة : وثبتت عليه حقوق الله تعالى التى سماها أمانة ، كما إذا عاهد المسلمون غيرهم وأعطوهم الذمة ثبتت لهم وعليهم حقوق المسلمين الدينية اهـ ملخصا . وأقول ان الخطب فى هذه المسألة سهل ، فالانسان مكلف وله حقوق وعليه واجبات على كل تقدير : فافتراض وجود الذمة أو نفيها لا تأثير له فى شىء من ذلك وقد تكون المسألة اعتبارية ، وقد يكون للذمة وجود حقيقى مستقره الانسان كسائر عوارضه الذاتية التى لا تنفك عنه . وما أشبه اختلاف النظر فى هذه المسألة باختلاف نظر علماء القانون فى الشخص الاعتبارى أو المعنوى فقد يكون الداعى الى هذا الافتراض أمور شكلية محضة لتتنزل الاحكام على نظام أتم وأضبط ، بينما يرى الفريق الآخر أن لا داعى الى ذلك الافتراض : بل الواجب قصق النظر على الحقائق الثابتة وربط الأحكام بها . وبعد فالنتيجة مر الحقيقة واحدة



وأهلية الأداء هي صلاحية الانسان لصدور الفعل عنه على وجه  
يعتمد به شرعا ، ولا وجود لهذه الاهلية قبل أن يصير الانسان مميزا ،  
حتى إذا بلغ الانسان سن التمييز وأصبح قادرا على فهم الخطاب والقيام  
ببعض الأعباء بما حصل له من نمو في عقله وقوة في بدنه اعتُـبر  
ذا أهلية للأداء قاصرة حتى يبلغ أشده وتكمل فيه قوة العقل وقوة  
البدن جميعا ، حينئذ تم أهليته للأداء بتمام قدرته عقلا وجسما ،  
فتجب عليه كل التكاليف من بدنية ومالية وثبتت له كل الحقوق  
الشرعية .

وليس للتمييز ولا لتمام الاهلية سن معينة . اذ قد يبكران وقد  
يتأخران فإذا جعل المناط نفس التمييز وظهور الرشد في التصرفات ،  
كما تقتضيه حكمة التشريع ، كان المناط غير منضبط ، فمن أجل ذلك  
أقيم البلوغ المحسوس مقام ظهور الرشد

واعتبرت سن التمييز سبع سنين ، لأنها السن التي تنتهي إليها  
حضانة النساء للصغير ، ويتولى القيام بعد ذلك بشؤونهم الرجال ، قال  
الامام حافظ الدين النسفي في شرحه على مناره مانه : أصل العقل  
يعرف بدلالة الميـان ، وذلك بأن يختار المرء ما يكون أنفع له في أمر  
دنيـاه وعقباه ، ويعرف مستور عاقبة الأمر فيما يأتيه ويذر . وكذلك  
قصانه يعرف بالتجربة والامتحان ، بأن ينظر في أفعاله فلان كانت  
على سن واحد كان معتدل العقل ، وإن كانت متفلوتة كان قاصر العقل  
وأحوال البشر تنفلت في صفة كمال العقل ، فأقلم الشرع اعتدال الحال  
بالبلوغ عن عقل مقلم كمال العقل في بنائه الزام الخطاب عليه تيسرا على

المباد، ثم صار صفة الكمال الذى يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط  
الاعتبار، وتوهم بقاء النقصان بعد هذا الحد كذلك. لما عرف أن السبب  
الظاهر متى قام مقام المعنى الباطن تيسيرا دار الحكيم معه وجودا وعدما  
ومما تقدم يستبين لك أن كلا من المحكوم له والمحكوم عليه بحق  
من الحقوق يجب أن يكون انسانا حقيقيا، إذ الحقوق والواجبات  
لا تثبت لغير الاناسى الحقيقين؛ لكن يستدرك على هذا بمأثرتين:  
الاولى: أنهم نصوا على أن المحكوم له وعليه قد يكون انسانا  
وقد يكون جهة. كبيت المال، وجهة الوقف، ولاجل تصحيح  
الشكل يجب أن تقام الدعوى من وكيل بيت المال، وناظر الوقف  
وعلى كل منهما؛ فاذا ثبت حق فهو لكل من بيت المال والوقف؛  
وإذا قضى على أحدهما فالنفاذ يكون فى مال من يمثله كل منهما من  
بيت المال والوقف

ونصوا أيضا على أن الوصية تجوز للمساجد والمؤسسات  
والمدارس وكل وجوه الخير، ويصرف الوصى به فى مصالح هذه  
الاشياء؛ وعلى ذلك تكون المساجد ونحوها ذات أهلية يكون لها  
حق فى المال الوصى به. لكن النفع فى الحقيقة انما يعود الى الناس  
بواسطة هذه الاشياء

الثانية: أن غير الانسان من سائر الحيوان كما أنه ليس عليه  
واجبات تلتزم بها قضاء، كذلك ليس لها حقوق تطالب بها قضاء  
فهي ليست ذات أهلية للايجاب والاستيجاب. لكن يجب الاحسان  
اليها فى المعاملة ديانة والى هذا ذهب أبو حنيفة وابن رشد من

المالكية . لكن ذهب جمهور علماء الشريعة إلى أن مالك الحيوان إذا امتنع من الاتفاق عليه أو أساء إليه في المعاملة رفعت الدعوى حسبة فيأمره القاضي بكف الأذى عنه والاتفاق عليه أو تركه يرعى أو يبيعه أو يسببه في مكان آمن يجد فيه رزقه ، فإن لم يفعل باعه عليه القاضي فإن الحيوان مخلوق ذوروح محترم فيجب حفظه ولا يترك للملكه يمزبه ، د وقد وفيت هذه المسألة حقها من البيان في كتابي نظام النفقات ، وعلى هذا يكون للحيوان حقوق يحكم له بها قضاء كما تجب له ديانة

الدور الأول : قبل أن يولد وهو جنين أى حمل فى بطن أمه  
الإنسان فى هذا الدور له اعتباران ، فهو من وجه يعتبر جزءا من أمه حسا وحكما ، أما حسا فلانه ينتقل بانتقالها ويقر بقرارها كانه عضو من أعضائها ، وأما حكما فلانه يمتق بمتقها ، ويرق برقها ويدخل فى البيع نيماً لبيعهما . وهو من وجه يعتبر مستقلا عنها ، لأنه منفرد بالحياة ويعرض أن ينفصل منها ، ويصير إنسانا قائما برأسه ، فمن أجل هذا لم يجعل له الشارع ذمة مطلقة صالحة لكل من الوجوب له وعليه ، بل جعل له ذمة صالحة للوجوب له فقط رحمة من الشارع به فأوجب له الحق فى المتق منفردا عن أمه ، والحق فى ثبوت نسبه من أبيه ، وفى الميراث من مورثه وفى استحقاقه ما أوصى له به وفى استحقاقه من غلة الوقف الذى هو من ضمن مستحقه على ما هو  
٢ — هـ الالتزامات

مبين تفصيلا في الكتب الفقهية فاذا ولد حيا ولو حكما (١) ثبتت له كل هذه الحقوق وإن ولد ميتا حقيقة وحكما لم يثبت له شيء منها ، فتد غلة الوقف الى غيره من المستحقين ، ويرد الميراث الى وريثة المورث الاخرين ، ويرد ما أوصى له به الى وريثة الموصى ولما كانت الولاية إنما تبتدىء على الانسان بولادته كان الجنين لاولاية لأحد عليه ، وعلى ذلك لا يصح الشراء له ونحو ذلك مما يتوقف على وجود ولي ، أو يكون فيه الزام للجنين . وقد جاء في مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين على ما أسلفنا وكذلك يجب نفقة أقاربه الفقراء في ماله الموروث وقد بينا ذلك فيما سلف (٢)

(١) صورة ذلك أن يضرب رجل امرأة حبل فتسقط جنينا ميتا ، فهذا الجنين يعتبر حيا تقديرا ، وأنه مات بفعل الجاني فتجب على الجاني الفدية وهي خمسمائة درهم ، وتورث عن الجنين . وكذلك يكون الجنين من ضمن وريثة مورثه الذي مات قبله ، ويعطى نصيب الجنين من الميراث لورثة الجنين لا لورثة مورثه .

(٢) نص في قانون المجالس الحسبية القديم والقانون الحالي ، قانون ١٣ أكتوبر سنة ١٩٢٥ ، في المادة الثالثة على أن للمجالس الحسبية تعيين وصي للعمل المستكن . وجاء في منشور الحقانية الصادر في ٢١ ديسمبر سنة ١٩١١ مانصه : تبين للظلمة من الاطلاع على كثير من القضايا والكشوف الاسبوعية أن بعض المجالس الحسبية يقرر بايقاف تعيين الوصي للعمل المستكن حتى يفصل ذلك الحل . وحيث ان هذا مخالف من جهة النص المادة الثانية من الامر العالي الصادر في نوفمبر سنة ١٨٩٦ التي تعنى بالتعيين في مثل هذه الحالة ، ومن جهة أخرى فان إيقاف التعيين حتى يفصل

وليلاحظ أن ما يحجز للجنين من الميراث والوصية وغلة الوقف ليس للجنين ملك فيه على قول الجمهور خلافا لأحمد حتى يولد، ولذا يوقف الأمر فيه حتى يتبين الحال بولادته (١)

الدور الثاني : من الولادة الى سن التمييز

للإنسان بعد ولادته ذمة مطلقة. صالحة لوجوب الحقوق له وعليه، لكن لضعف بنيته عن الأداء، ونقص عقله عن فهم الخطاب وهو في أول أدوار حياته قبل أن يصير مميزا، اقتضت حكمة الخالق الجليل ورحمته ألا يكلف وهو في تلك الحالة أداء شيء بنفسه، وألا

الحمل فيه ضرر لمصلحة هذا الأخير لما يترتب عليه من ترك أمواله بلا حصر وتأجيل وقبض وغير ذلك من الأمور الوقتية التي تقتضي السرعة البغ، اهـ.

ولا ينبغي أن ما يحجز للحمل في هذه الحالة سواء أ كان من ميراث أو غيره لا يمتنع ملكا له حتى يولد حيا، فإما معنى إقامة هذا الوصي ؟ لكن في المسألة احتياط حسن، على فرض ولادته حيا.

(١) نص في كتب مذهب الإمام أحمد على أن الحامل المتوفى عنها زوجها يتفق عليها من نصيب الحمل اهـ. ويؤخذ من هذا وما أسلفنا أن الحمل ملكا في الميراث قبل أن يولد، لكن جمهور الفقهاء على خلاف ذلك . انظر كتابنا نظام النفقات،

ونص في كتب الشيعة الزيدية على جواز تزويج الجنين مطلقا، ولتنظر أحكام ذلك تفصيلا في شرح الأزهار . ويؤخذ من هذا أن الولاية على الجنين ثابتة في النفس، فتكون ثابتة أيضا في المال . وجمهور العلماء على خلاف هذا . وقول الجمهور هو للولايين القتل والشرع .

يؤاخذ بأقواله ولا بأفعاله مؤاخذه بدنية ، وألا يحمل مسؤولية عن فعل غيره ، وأن تلحق كل التزاماته بالعدم ، فلا يصح منه التزام أصلا ولا يعتبر قبوله لآى عقد من العقود .

ومن أجل ذلك لم يكلف بالإيمان ولا بالعبادات ، لأن تلك أشياء يراد من الانسان أن يؤديها بنفسه لينظر أهو مطيع ممتثل للأمر أم هو مخالف عن أمر ربه ، والانسان في هذا الدور ليس أهلا لذلك ، وحكمة الله تعالى ورحمته قاضيتان ألا يكلف الله نفسا الا وسعها .

كذلك تهذر أقواله كلها ، ولا يلزم بأى شيء التزم به ، لأن عيونه غير معتبرة شرعا ، وكل التزاماته باطلة ، حتى لو كان تصرفه نافعا له نفعا محضا ، كقبول الهبة والصدقة ، فلا نصيب له الا البطلان .

وإذا ارتكب ما يوجب الحد فلا حد عليه ، وكذلك إذا ارتكب أية جناية من الجنايات ولو القتل فلا يعاقب على ما ارتكبه عقوبة بدنية ، لكن تجب الدية في ماله إن لم تكن له حافلة ، فإن كانت له حافلة وجبت عليها الدية . انظر جامع أحكام الصغار للاستبروشى . وإذا قتل الصبي مورثه فلا يحرمه ذلك القتل من أن يرثه لسقوط المؤاخذه عنه . وكل صلة لها شبه بالأجزية مثل تحمل الدية عن القاتل خطأ فليس الصبي أهلا لها ، لأنها لا تخلو عن صفة الجزاء مقابلا بالكف عن الأخذ على يد الظالم ، ولذا اختص به رجال العشائر دون النساء والصبيان ، لأنهم هم القادرون على ذلك .

وبالحيلة فليس الصبي بأهل لوجوب الجزاء البدنى عليه بأى حال من الأحوال ولا هو بمسؤول عما يحرمه غيره ، ولا يتحمل عنه شيئا ،

عدلا من الله ورحمة ويستمر هذا الحكم ثابتا له إلى أن يبلغ وتكمل أهليته فحينئذ توجه إليه المسؤولية كاملة .

لكن الواجبات المالية التي يمكن أن يؤديها عنه وليه أو وصيه هو أهل لها ، وذمته صالحة لوجوبها عليه ، سواء أ كانت حقوقا لله تعالى أم حقوقا للعباد ، ولذا يجب عليه ما يأتي ابتداء من ولادته ، ويستمر عليه هذا الوجوب مدى حياته .

(١) العشر في زرعه ، والخراج في أرضه ، لأن كل واحد منهما مؤونة مالية .

(ب) زكاة الفطر على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ترجيعا للجانب المؤونة خلافا لحمد وزفر ترجيعا للجانب العبادة .

وأما زكاة الأموال فلا تجب إلا على البالغ العاقل بشرطها عند أبي حنيفة وأصحابه جميعا ، لأنها عبادة والمطلوب فيها أن يؤدي الإنسان المكلف بنفسه ليتبين أنه مطيع أم عاص . وذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد إلى وجوبها في مال الصبي والمجنون نظرا إلى جانب المال وأن النيابة جائزة فيه ؛ ولتتظر كتب الفريقين في ذلك

(ج) الأعواض مثل ثمن ما يشتره له الولي أو الوصي ، فيجب في مال الصغير ويؤديه وليه أو وصيه نيابة عنه .

(د) النرم المالى كضمان المتلفات التي يتلفها بفعله ، لأن الاموال والدماء معصومة في دار الاسلام ؛ وعذر الصبي لا يرفع عنه مسئولية التمويض المالى عملا بهذه القاعدة « الاعذار الشرعية لا تنافي عصمة

الحل ، : أى عصمة المال والنفس ، فلا يجوز أى يهدر شئ منهما ، وإنما تسقط العقوبة البدنية فقط عند قيام العذر المعتبر شرعاً كالصبي والجنون . وقد اختلف الطرفان وأبو يوسف فيما لو أُلْقِيَ الصبي ما اقترضه : أو ما أودع عنده بلا إذن وليه ، أو ما أعير له ، أو ما بيع له بلا إذن ، فقالا لا يضمن . لأن الضمان في هذه الصورة ضمان عقد ، والصبي ليس من أهل الزام ضمان العقود ، وقال أبو يوسف يضمن : لأن الضمان في هذه الصورة ضمان فعل ، والصبي من أهل الزام ضمان الأفعال . فنشأ اختلاف من اختلاف وجهة النظر . والراجح قول أبي حنيفة ومحمد ، لأن المالك هو الذى سلط الصغير على اتلاف ماله بتسليمه اليه وتمكينه منه ، وهو ليس أهلاً لذلك ( انظر الدرر ورد المختار ) .

( هـ ) الصلة التى تشبه المأثونة كنفقة الأقارب ، فإن القاعدة الكلية لذلك هى أن غنى الأسرة ينفق على فقيرها بالشروط المبينة في نظام النفقات ، سواء أكان الغنى صغيراً أم كبيراً ، عاقلاً أم مجنوناً ، والفقير كذلك ؛ واعتبر الشرع نفقة الغنى على أفقره الفقراء بما يدفع حاجتهم بمنزلة نفقته على نفسه ، وهذا صنيع حسن جداً يقضى به تضامن الأسرة كلها ، وبمرعاة ما اشترطه الفقهاء لذلك في كل من المتفق والمتفق عليه تستقيم الحال ( انظر كتابنا نظام النفقات )

( و ) الصلة التى تشبه الاعراض كنفقة الزوجة ، فإنها تشبه الاعراض من جهة أنها وجبت على الزوج في مقابلة احتباسه لزوجته ، أى جعلها خاضعة له دون غيره ، ولذلك سقطت عنه نفقة زوجته النازحة ( انظر



أحكام نفقة الزوجة .

والصغير إذا لم يكن ذا مال على أبيه أو أقاربه حق النفقة والأرضاع والحضانة والصيانة ، وكل ما يحتاج اليه لقوام حياته على ما هو مبين في أحكام الأحوال الشخصية

ويقوم وليه أو وصيه نيابة عنه بإفشاء واستيفاء كل ماله وعليه من الحقوق المالية ، ومباشرة العقود والتصرفات المأذون بها شرعا ، حتى تزول عنه سلطة كل منهما ، على ما هو مبين في موضعه

( تنبيه ) إذا أسامت زوجة الصبي غير المميز فلا يفرق بينهما ، بل ينتظر بلوغه سن التمييز ، فيعرض عليه الاسلام حينئذ . فإن أسلم بقيت الزوجية ، وإلا فرق بينه وبين زوجته .

الدور الثالث من سن التمييز إلى البلوغ

إذا ترقى الصغير عن أولى درجات الصغر إلى ما بعدها ، وظهر فيه شيء من آثار العقل ، فقد أصاب بذلك نوعا من أهلية الاداء ، لكن لكون عقله لا يزال ناقصا لم ينضج بعد ، عومل في التزاماته وتصرفاته القولية معاملة وسطا بين الصغير غير المميز والبالغ العقل ، وبقيت مؤاخذته البدنية على ما كانت عليه من قبل رحمة بصباه ، ولم يكاف شيئا من العبادات لضعف بنيته ، لكن لمكان تميزه صح إيمانه وردته وما يترتب عليهما ، من الاحكام الدينية وقد قسموا مملاتته بناء على هذا إلى ثلاثة أقسام

الاول ما كان ضارا به ضررا محضا ، كان يهب ماله ، أو يطلق امرأته ، أو يعتق عبده ، أو يقرض ماله لغيره ، أو يتصدق به ، أو ينفقه ، أو يكفل عن غيره ، فانه لا يملك شيئا من ذلك ولا أشباهه لما فيه من الضرر المحض له ، وكذا لا يملكه عليه غيره إلا القرض ، فقد قالوا إن القاضى يملك اقراض مال اليتيم صونا لذلك المال من الضياع وهو خير له من ابداعه ، لان الوديعة اذا هلكت وهي في يد المودع بدون تعد ولا إهمال منه في حفظها فانها تهلك أمانة : فلا تضمن بخلاف مال القرض فانه مضمون على كل حال وبما للقاضى من السلطة لا يخشى على مال القرض من الضياع (١)

الثانى ما كان نافعا له نفعا محضا : مثل قبول الهبة والصدقة فهذا النوع من التصرفات يصح منه ، وتكفى فيه أهليته القاصرة . ومن الاشياء التى اعتبروها نافعة نفعا محضا للصبي المميز ما اذا أجر نفسه ومضى فى العمل حتى آتته : وكان ذلك بدون إذن وليه ، فانه يجب له

---

(١) قد عنت المجالس الحسنية عندنا عناية عظيمة بالمحافظة على أموال الفصر وعديمى الاهلية ، فأصدرت وزارة الحفانية منشورات متعددة بشأن إيداع الرائد من أموال هؤلاء على نفقاتهم اما فى صندوق التوفير بالبوسنة وإما فى أحد المصارف المضمونة مع استثمارها بالطرق المشروعة والقرض من ذلك هو القرض من اقراض القاضى مال الصغير وزيادة ، انظر بمجموعة منشورات المجالس الحسنية . وقد منعت المادة الثانية والعشرون من قانون المجالس الحسنية الحال الاوصياء من اقراض واعارة وهبة أموال من هم فى وصايتهم . وهذا المتع موافق لما قاله فقهاء الشريعة .

الاجر استحسانا ، وذلك لانه بعد اتمام العمل لا يمكن رده وابطاله وعلى ذلك تصير الاجرة قفعا محضاه وان كان عقد الاجارة في ذاته غير صحيح قياسا لما فيه من الضرر الذي يلحق الصغير بسبب قيامه بالعمل فكان الامر موقوفا على إذن الولى أو الوصى لترجيح الصالح للصغير وكذلك يصح أن يكون العصبى المميز وكيلًا عن غيره فيما لا يملكه العصبى لنفسه ، كان بوكاه رجل بالغ عاقل بطلاق امرأته أو اعتلق عبده كما يجوز توكيله في أمور التجارات ونحوها بدون أن يلزمه عهدة من مطالبته بتسليم المبيع ، والمطالبة بالثمن ، والمخاصمة في الميب ؛ ونحو ذلك وإنما صححوا توكله في هذه التصرفات لما فيه من التمرين له على ممارسة التعامل مع الناس في ضروب المعاملات المختلفة ؛ فبذلك يهتدى إلى وجوه التصرفات ، ويدرك المنافع من الضار بالقدر الممكن له ، وهذا نفع محض له متى خلا من العهدة لكنهم نصبوا على أن الولى لو أذنه بالتوكل لزمته العهدة ؛ وذلك لأن قصور رأيه اندفع باذن الولى فصار أهلا للزوم العهدة . هذا وقد قال الله تعالى « وابتلوا الصالحين حتى إذا بلغوا النكاح : فإن آنس منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » أى اختبروا عقولهم . وتعرفوا أحوالهم ومعرفتهم بالتصرف قبل البلوغ ، حتى إذا تبين منهم رشدا ، أى هداية ، دفعتم اليهم أموالهم ومن هنا جاء الاذن للعصبى المميز بالتجارة (١)

(١) جاء في المادة (٢٩) من قانون المجالس الحسبية أن الوصاية أو الولاية على المال تنتهى متى بلغ القاصر من العمر احدى وعشرين سنة ميلادية الا اذا قررا المجلس

الثالث ما كان دائراً بين النفع والضرر كالبيع والاجارة والتكاح فان هذه الاشياء وأمثالها قد يكون فيها نفع وريح وفائدة للصغير

استمرارها ، ومع ذلك ففى بلغ القاصر ثمانى عشرة سنة ولم يمنع من التصرف جاز له تسلم أمواله ليديرها بنفسه ، ويكون للقاصر فى هذه الحالة قبض دخله مدة إدارته والتصرف فيه ، والإيجار لمدة لاتتجاوز سنة وزراعة أطيانه ، وإجراء ما يلزم للعقارات من أعمال الحفظ والصيانة . ويمتد القاصر رشيداً بالنسبة إلى هذه التصرفات ، ويبقى قاصراً فيما عداها ، ويستمر الوصى فى أداء عمله بالنسبة اليها . وفى المادة (٣٠) انه يجب على القاصر الذى لم يمنع من التصرف أن يقدم للمجلس فى آخر كل سنة ، وعلى الأكثر فى ٣١ مارس من السنة التالية ، حساباً عن اداوته وتصرفاته . وفى المادة (٣١) أنه يجوز للمجلس أن يمنع القاصر من التصرفات المنصوص عليها فى المادة (٢٩) إذا أساء التصرف ، أو قامت أسباب صحيحة تدعو لأن يخشى منه ذلك ، ويكون المنع بناء على طلب الأب أو الجد أو الأم أو الوصى أو المشرف ، أو بناء على طلب النيابة العمومية . ولا تفصل فى طلب المنع إلا بعد تحقيق تسمع فيه أقوال القاصر وطلاب المنع ا هـ .

وجاء فى المذكرة الايضاحية فى تعليل ذلك أن الفرض هو جعل الفترة ما بين سن الثمانى عشرة والحادية والعشرين مدة تجربة واختبار وتدريب للقاصر ، وأن لذلك فائدتين ، زوال كل خوف من العبث برأس المال ، وأن يكون المجلس على علم تام بأحوال القاصر بعد هذه التجربة حتى يقرر رفع الوصاية عنه فى سن الحادية والعشرين أو يقرر استمرارها ا هـ .

وهذا شىء مما رآه الفقهاء فى الاذن للصبي بالتجارة ، والحجر عليه بذلك إذا أساء . وفى التصرف ، أو عدم الحجر عليه إذا استبان رشده

المميز، وقد يكون فيها ضرر وخسارة. وهذا النوع من التصرفات يملكه الصبي المميز باذن الولى أو الوصى. وكذلك يجوز وينفذ باجازة أحدهما، لان الاجازة اللاحقة كالاذن السابق؛ بشرط أن تستوفى الاجازة شروطها؛ وألا يكون فى التصرف غبن فاحش لوقوعه حينئذ باطلا

(تنبيه). إذا باع الصبي المميز غير المأذون له ماله بأكثر من قيمته لا ينفذ يبعه بل يتوقف على اجازة وليه أو وصيه؛ ولا يقال ان فى هذا البيع تقضا ظاهراً فينبغى أن ينفذ بلا اجازة؛ لان العبرة فى كل تصرف باصل وضعه؛ لا بما عرض له فى حادثة جزئية باتفاق الحال، والبيع من حيث هو متردد بين الربح والخسارة؛ بخلاف اعطاء الهبة فإنه تضييع للمال مجافى فى كل صورة بحسب أصل الوضع وبخلاف أخذ الهبة وقبولها؛ فإنه استفادة للمال مجاناً فى جميع الصور فالعبرة لنوع التصرف لا لأشخاص التصرفات الجزئية التى يحتوبها (انظر التبيين وحاشيته وحاشية الطحطاوى على الدر)

ومما تقدم تعلم أنه يجوز الاذن للصبي المميز بالتجارة تمريناً وتدريباً له فإذا أذن له ولى المال صح يبعه وشراؤه واجارته واستئجاره ومزارعته ومسافاته ورهنه وارتهانه واقراره بما يتعلق بتجارته وتوكيله غيره فيما يملكه هو، وبالجملة يصح منه كل ما هو من شؤون التجارة واستثمار المال وما يجوز للتجار عادة، لكن التبرعات، مثل الهبة والاقرض والسكفالة، لا تصح منه. وتفصيل الأحكام فى كتب الفروع.

وفي هذا المقام مسألة خلافية بين الامام وصاحبيه ، وهي ما إذا باع الصبي المأذون له بالتجارة ييما بفن فاحش لغير وليه أو وصيه : فعلى ماذهب اليه أبو حنيفة يصح هذا البيع لأن الصبي لما صار مأذونا له بالتجارة التحق بالبالغ حكما ، وماكان يترأى من نقص عقله انجبر باذن الولي له : وأما أبو يوسف ومحمد فقدأبطالايعة بفن فاحش لقصور أهليته فقصورا حقيقيا ، والاذن لم يغير من حقيقته شيئا ، فكما أن بيع الصغير المميز بفن فاحش لايجوز أن يلحقه الاجازة باتفاق بل يحكم ببطلانه ، كذلك اذاكان مأذونا له بالتجارة ينبغى أن يكون حكم بيعه بفن فاحش البطلان ، وقول الصاحبين هو الأظهر لما فيه من الاحتياط واليه ينظر ماجاء في المادة الحادية والثلاثين من قانون المجالس الحسبية الحالي وأما بيعه لوليه أو وصيه بفن فاحش فذهب الصاحبين هو المتقدم ، وعن أبي حنيفة روايتان في المسألة : جواز البيع ، وبطلانه والمسألة مبسوسة في أصول نجر الاسلام وشرحه

وقد اختلف الأئمة في صحة وصية الصبي المميز فاجازها الشافعي وأهل المدينة في وجوه البر ، لما في ذلك من النفع المحض له بوصول ثواب الآخرة اليه ، ولا ضرر يلحقه في ماله ، لأن الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته . وأما أبو حنيفة وأصحابه فقالوا ببطلانها مطلقا ، لأن فيها اضرارا بوارث الموصى ، فكان في العدول عن الارث الى الوصية ترك للأفضل ، لكن الوصية شرعت في حق البالغ ليتدارك بها ما فات من التقصير في واجباته ، ولم تشرع في حق الصبي لعدم حاجته اليها لأنه غير مكلف . وانظر كتابنا التزام التبرعت فيه الكفاية

والبالوغ يكون بالعلامات الدالة عليه ، وقالوا انها تبتدىء في الغلام متى بلغ اثنتى عشر سنة : وفي الجارية متى بلغت تسع سنين ، فان لم تظهر علامات البلوغ في هذه السن فانه يحكم ببلوغ الغلام متى بلغ خمس عشرة سنة ، وكذا ببلوغ الجارية على القول المقتضى به ، وتعتبر المسافة من اثنتى عشرة الى خمس عشرة بالنسبة للغلام ؛ ومن تسع الى خمس عشرة بالنسبة للجارية سن مرافقة ؛ أى مقارنة من البلوغ . وعن أبي حنيفة روايات أخرى في سن البلوغ اذا لم تظهر العلامات فقليل في الغلام ثمانى عشرة أو تسع عشرة سنة وللجارية سبع عشرة سنة ( انظر التبیین ) . والمذكور في الكتب الطبية أن البلوغ يختلف سنه باختلاف الاوساط ففي البلاد الحارة يأتي مبكرا ؛ وفي البلاد الباردة ينجى متأخرا ؛ حتى انه قد لا تظهر العلامات إلا بعد ثمانى عشرة سنة ، وقد يبكر الحيض في أحوال شاذة قبل تسع سنين وقد اتفقت كلمة الفقهاء على جعل مناط التكليف البلوغ سواء أكان بالنسبة أم بالعلامات ، وبه تنتهى الولاية على النفس والمال جميعا (١)

---

(١) نعت المادة التاسعة والعشرون من قانون المجالس الحسنية على انتهاء الوصاية والولاية ، متى بلغ سن القاصر إحدى وعشرين سنة . إلا إذا قرر المجلس استمرارها . وعلى ذلك فانتهاه الولاية والوصاية عند بلوغ القاصر هذه السن ثابت بحكم القانون ، فان أريد مد المدّة فلا بد من قرار جديد . وأبو حنيفة يقول اذا بلغ الصغير تسعا وعشرين سنة انتهت الولاية المالية عليه سواء أنس منه الرشد أم لا ، ويعتبر كانه رشيد حكما متى بلغ هذه السن فيسلم اليه ماله حتما ولا يجوز العسر عنده على البالغ الا بسبب العتة أو الجنون وقال الجمهور والصاحبان منهم : ينبغي

ويتوجه الخطاب الشرعي كاملا . لكن لاحظت بعض الدول الاسلامية كالدولة المصرية ، أن من المصلحة ألا يجعل اعطاء الصغير ماله بمجرد بلوغه انشعري ، بل لابد من الانتظار حتى يبلغ أشده ، كما أنهم رفعوا من التمييز على حسب مائزهم ، لهم من مقتضيات المصالح وجاء في الفصل الخامس من مجلة الالتزامات التونسية أن الصغير

ألا يملك مال الصغير اليه بمجرد بلوغه بل ينتظر حتى يؤنس منه الرشد ، أخذا بقوله تعالى : وابتلوا النأي حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم لمواهم ، ، فحاق دفع المال على ايناس الرشد ، فالم يؤنس الرشد فلا يدفع إلى السفيه ماله مهما بلغت سنه - وسباق تمة الكلام في ذلك في "السفه" ، وإذا لابد من ابتلاء اليتيم أي اختباره لنين حقيقة أمره من رشدا وسفه ، قالوا وكيفية اختبار اليتيم تكون بأن تفوض اليه التصرفات التي يصرف فيها أمثاله ، فإن كان من أولاد التجار ففوض اليه البيع والشراء ، فإن تكررت منه فلم يفتن ولم يضيع ما في يديه فهو رشيد . وإن كان من أولاد الامراء والكبراء الذين يسان أمثالهم عن الاسواق دفعت لهم نفقة مدة لينفقها في مصالحه ، فإن صرفها في موضعها ، واستوفى على وكيله ، واستغنى عليه ، فهو رشيد ، والمرأة يفوض اليها ما يفوض الى ربة البيت من الشؤون المنزلية اللائقة بأمثالها ، فإن وجدت ضابطة لما في يدها مستوفية من وكيلها هي رشيدة اه . تصرف لفظي قليل من تقرير الرافعي عن شرح الوهبانية للصف . ومن لطيف ما رأيته من ذلك ما حكاه في أدب الاوصياء عن الخلاصة أنه جاء الى القاضي شداد بن حكيم البلخي رجل ومعه صبي ، فقال : أنا وصي هذا الصبي ، وقد أدرك ، أفلا أرد اليه ماله ؟ قال شداد : حتى يؤنس منه الرشد ، فذهب ثم عاد وقال : أردت أن أتخذ له قيصا فابي وقال : إن هذه الايام أيام العيد ، والحباط يطلب لذلك جرا كثيرا ، فقال شداد رحمه الله . ادفع اليه ماله فإنه قد صلح اه



الذى لم يبلغ اثنتى عشرة سنة كاملة ليس له التعاقد إلا بواسطة من له النظر عليه ، كالرشيد الذى اختل شموه بما أخرجه عن الادراك .  
وجاء فى الفصل السادس والثامن أن الصغير الذى عمره بين اثنتى عشرة سنة وثمانى عشرة سنة له أهلية مقيدة إذا عقد بدون مشاركة أبيه أو وليه ؛ وأن العقد لا يلزم إلا باجازة الأب أو الولى . وفى الفصل السابع أن من تجاوزت منه ثمانى عشرة سنة يعتبر رشيدا ، لكن الاثنى تبقّى فى قيد الحجر الى مضى عامين من تاريخ زواجها . (١)  
وفى قوانين مجالسنا الحسينية كانت سن البلوغ ثمانى عشرة سنة هلالية ، ثم رفعت إلى إحدى وعشرين سنة شمسية فى قانون ١٣ أكتوبر

---

(١) سن البلوغ فى مذهب الامام مالك على القول المشهور ثمانى عشرة سنة ، لكن الاثنى لا يفك عنها الحجر الا إذا تزوجت ودخل بها زوجها ومعنى على ذلك زمن قدر فى بعض الاقوال بعامين ، وعلى هذا جاءت مادة المجلة . ومن العلوم فى مذهب مالك أيضا أن الزوجة من أسباب الحجر على الزوجة فيما زاد على ثلث مالها فان تبرعت بالثلث فلا يجوز لها أن تبرع بشيء من الباقي بدون إذن زوجها إلا بعد عام أو ستة أشهر ، على الخلاف فى ذلك ( انظر منح الجليل ) . ومذهب الليث بن سعد فقيه مصر الحجر على الزوجة فى كل مالها ، فلا يجوز أن تبرع بشيء منه بدون إذن زوجها إلا شيئا تافها . والاصل فى هذا ما رواه أحمد والنسائى وأبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي ﷺ قال : لا يجوز لامرأة عطية إلا باذن زوجها اه فاستثنى الليث الشيء التافه لما حرت به العادة ، واستثنى مالك الثلث لانه رآه قليلا ، وخالفهما الجمهور وأبو الحديث . والسألة مبسطة فى نيل الاوطار

سنة ١٩٢٥ ، وجاء في المذكرة الايضاحية ما نصه :

من التعديلات المهمة التي أدخلها المشروع على التشريع الحالي رفع السن التي تنتهي فيها الولاية أو الوصاية من ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين سنة ، وهذا التعديل دفعت اليه التجربة فان الاختبار دل على أن سن الثمانى عشرة المحددة الآن لبلوغ الرشد وانتهاء الوصاية غير كافية بالنظر إلى الاحوال الاجتماعية الحاضرة فان غالب الشبان يكونون في دور التعليم حين بلوغهم هذه السن ، ولذلك يكونون بطبيعة الحال قليلي الخبرة بالحياة العملية أضف إلى ذلك ما يحيط بالشباب الصنير من دواعي الاغراء بالاسراف والتبذير . وقد شوهد في كثير من الاحوال أن شبانا رفعت عنهم الوصاية وسلمت اليهم أموالهم عند بلوغهم ثمانية عشر عاما فبددوها كلها أو معظمها في قليل من الزمن . لهذا رأت الوزارة رفع السن التي تنتهي يبلوغها الوصاية من ثمانى عشرة سنة الى احدى وعشرين .

وقال المرحوم فتحى زغلول باشا في شرحه للقانون المدني ما نصه :  
المولود يولد فاقد الاهلية ، ويبقى كذلك الى أن يبلغ سن التمييز ثم يدخل في دور جديد هو دور التمييز ؛ إلا أن عقله وملكانه لا يزالان غضين ، فلا يقوى على تقدير الافعال التي تصدر عنه ، أو التي يعتمد فعلها تقديرا صحيحا ؛ ثم هو لا يصل الى هذه المرتبة الا بعد أن تنضج قوة العاقلة ، ويكون له الخبرة حتى يؤمن على مباشرة أشغاله وإدارة أمواله بنفسه .

ومعلوم أن بلوغ هذه المرتبة لا يتم للجميع بصورة واحدة ، ولا

في زمن واحد ، بل م يختلفون في ذلك اختلافا كبيرا ، إلا أن منافع الناس وضرورة الأمن في المعاملات والحاجة إلى وضع حد ينتهي اليه حال الانسان ويخرج ببلوغه من دور التردد الى دور العمل ، كل ذلك قضى بتقدير الزمن الذي يخلص فيه كل واحد من ذلك الحجر ، وتتم له الأهلية

والشرائع مختلفة في تقدير هذا الزمن ، فمنها ما جعله اثنتي عشرة سنة للأنثى وأربع عشرة سنة للذكر ، كما فعل الرومان في البداية منذ كانت الأمة في نشأتها الأولى ساذجة الأخلاق قليلة العدد . أيام كانت المراقبة شديدة في تربية الأولاد ، والروابط العائلية قوية كافية لحمايتهم وتدارك ما قد يفرط منهم من الأعمال الضارة قبل استفحال الضرر : فلم يكن من باعث يحمل الشارع على الإبطاء بمنح الأهلية الكاملة والولد محاط بهذه العناية كلها

فلما ازدحم المجتمع بأهله ، وكثر المال ، وتنوعت الرغبات والمطالب وتشعبت أعمال الانسان : وامتدت أطاعه الى أبعد من داره وعشيرته ، وهي رباط العائلة بضغط تلك المؤثرات ، ظهرت مضار التعجيل بقرار الأهلية ، واضطر الشارع الى تأجيل زمانها ، فجعله خمسا وعشرين سنة ، ومن الشرائع ما وقفت عند الحادية والعشرين ، ومنها ما اقتصر على تسع عشرة سنة . واختار القانون المصري سن الثامنة عشرة حدا فاصلا بين الصغر وبلوغ الرشد ، فقضى باتبائه الوصاية اذا بلغ القاصر الثامنة عشرة من عمره ، إلا إذا قرر المجلس الحسبي استمرارها

«مادة ٨ لأئحة المجالس الحسبية» هـ. والآن صارت السن إحدى وعشرين سنة كما قدمنا آنفاً

وأقول انه لا مانع من أن ترفع سن الرشد الى خمس وعشرين سنة ، بل ينبغي ذلك للملاحظات التي جاءت في المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية سنة ٢٥ ، ولما قاله المرحوم فتحي زغلول باشا: فقد تعقدت المعاملات واجراءاتها ، ونشعبت الى شعب لا تكاد تحصى وقد تدهورت الأخلاق ، وكثر تفنن المحتالين في سلب أموال الناس: فكان لا بد من تدارك الأمر ؛ وهذا لا يتأتى الشرع الحسكيم ، بل يوافقه كل الموافقة ، فقد قال الله تعالى (فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) . فجعل المناط في دفع أموال اليتامى اليهم هو إيناس الأولياء الرشد منهم : والرشد هو الاهتداء الى وجوه التصرفات النافعة والضارة . وتعرفها تعرفاً يقي الانسان من الوقوع في الخسران ؛ وهذا يختلف باختلاف البيئات الاجتماعية وأحوال الجماعات والاشخاص ؛ وقاعدة الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاضية بذلك

بقيت هنا ملاحظة ينبغي ذكرها ، وهي سن البلوغ الشرعي على الفتى به خمس عشرة سنة ، وهو المعمول به في محاكم مصر الشرعية لانها مقيدة بالعمل بأرجح الافوال من مذهب أبي حنيفة ؛ ما لم ينص على خلاف ذلك . وعلى هذا فانه يصح شرعاً أمام هذه المحاكم تبرعات الصبي التي تجاوزت سنه خمس عشرة سنة من وقف وهبة ووصية وتزوج بأضعاف مهر المثل ونحو ذلك مما هو مجبور عليه في قانون المجالس الحسبية ؛ كما يصح له أن يتزوج بدون تزويج الولي لياه وأق

يشهد وتقبل شهادته ، وإن يكون ناظر ووقف ، وأن يكون وليا شرعيا على أولاده الذين يولدون له بعد الخمس عشرة سنة وقبل الحادية والعشرين الى غير ذلك . قبل تنقيح المحاكم الشرعية ، فيما يتعلق بالشؤون المالية . بما جاء في قانون المجالس الحسبية . أو تنسك بما جاء في قانونها هي ولا تلتفت الى ما وراء ذلك ؟ الظاهر أنها تنقيح والإصاغت الفائدة من المجالس الحسبية . فيجعل ما جاء في قانون تلك المجالس من تحديد الاهلية وقيودها من متعلقات النظام العام الذي لا تجوز مخالفته . بل تكون باطلة من تلقاء نفسها . وإلا فلامعنى لأن يمنع الشخص من تسلم أمواله . مع اطلاق التصرف له فيها من وقف ونحوه . فهذا تناقض ظاهر . لكننى أرى أنه لابد من نص صريح في قوانين المحاكم الشرعية على هذا .

#### الدور الرابع

يبتدىء هذا الدور كما قلنا آنفا ببلوغ الانسان راشدا . والانسان في هذا الدور تكون له أهلية كاملة . ويتوجه اليه الخطاب بجميع التكاليف الشرعية من الايمان والعبادات وغيرها . وتصح التزاماته الشرعية كلها . لكن قد يعرض لاهليته ما يذهب بها كلها أو بعضها أو يغير بعض أحكامها . فوجب إذن الكلام في عوارض الاهلية . ولا تقتصر على ما يدعوا اليه المقام

#### عوارض الأهلية

الموارض جمع عارض ، أى أمر عارض ، أو جمع عارضة ، أى

خصلة عارضة ، مأخوذ من قولهم عرض له كذا أى ظهر له أمر يصده  
ويمنعه عن المضي على ما كان عليه . والفعل من باب ضرب . وبعض  
هذه العوارض يزيل أهلية الوجوب بالسكية : وهو الموت ، أو بالنسبة  
لبعض الأحكام دون بعض ، كالجنون وبعضها يزيل أهلية الأداء ،  
كالنوم . وبعضها لا يؤثر في شيء من الأهليتين ، لكن يوجب تغييرا  
في بعض الأحكام كالسفه . وسميت الامور التي لها تأثير في تغيير بعض  
الاحكام مع بقاء الاهلية عوارض لمنعها الاحكام التي تتعلق بالاهلية  
التامة من الثبوت وابطالها بطلانها كلياً أو جعلها موقوفة على اجازة  
من له الاجازة .

وتنقسم عوارض الاهلية الى قسمين . عوارض سماوية ، وعوارض  
مكتسبة . فالعوارض السماوية هو ما جاء من قبل صاحب الشرع بدون  
اختيار للانسان فيه ، والمكتسب هو ما كان لاختيار الانسان فيه  
مدخل .

وقد عدوا الصفر من العوارض السماوية . ففيل كيف يكون  
الصفر عارضا وهو ثابت للانسان بأصل الخلقة ؟ وأجيب عن ذلك بأن  
الصفر ليس من لوازم ماهية الانسان . والمراد بعوارض الاهلية  
الحالات التي تكون متنافية للأهلية ، وليست هي من لوازم الانسان  
من حيث هو انسان ، فهذا هو الذي نعينه .

ولكني لم أذكر الصفر في العوارض اكتفاء بما تقدم في أدوار  
الأهلية منعا للتكرار بدون فائدة .

وهناك الكلام فيما يحتاج إلى معرفته من العوارض .

## الموارض الساهية

### الجنون والعتة

من الامور الثابتة أن الانسان قد يولد مجردا من العقل بالكلية كالذي يولد أكمه فالقدا حاسة البصر ، وقد يولد ومعه عقله : ولكن يعترضه ما يقف العقل عن سيره في أول أدوار حياته ، أو بعد ذلك بقليل أو كثير من الزمن وقد يولد سليم العقل ، ويسير عقله جسده في نموه حتى يبلغ رشيدا ، ثم يواف عقله بمرض يذهب به كله أو بمضه أو يذهب به في بعض الازمنة دون بعض<sup>(١)</sup> ، فاي شيء نسمى

---

(١) جاء في كتاب مقياس الذكاء للدكتور الفاضل حسن عمر : ان ضعف العقل هو وقوف نمو المخ عند حد معين يختلف باختلاف الأشخاص ، فهو ليس بمرض يتأبى المخ كالجنون ، اذ الجنون شخص اعتراه مرض أثر في عه فتغير هذا الشخص عن حاله الطبيعية ، وحصل له اضطراب في قواه العقلية كلها أو بعضها . أما ضعف العقل فهو ذلك الشخص الذي نما عنه نمو طبيعى الى حد ما . ثم وقف عندها الحد ووقف هذا النمو يعترى الطفل منذ حياته الاولى الى أن يبلغ الثانية عشرة هذا اذا كان ضعف العقل ناشئا عن حالة وراثية ؛ وربما الولد عن والده ، فاذا وصل ولدا الى الثانية عشرة من عمره ولم يقف نمو عقله استمر ينمو ما لم يعترضه عارض خارجي يؤثر في نمو عقله . فضعف العقل ينقسمون إلى طيقات ثلاثة :

(١) ضعيف العقل من المرتبة الدنيا ، وهم الافراد الذين ليس في مقدورهم أن يعملوا عملا ، فهو الطفل الذى بلغ الثانية من عمره سواء ، (٢) ضعيف العقل من المرتبة الوسطى ، وهم الافراد الذين يستطيعون أن يعملوا قليلا ، وأن يعملوا ما يكلفونه من أعمال تلوها وأرشدوا اليها ، أو ربوا عليها من غير أن يتصرفوا في علمهم أدنى تصرف وادراكهم كادراك طفل تتراوح سنه بين الثالثة والسابعة .

هاتين الحالتين ؟ جاء في الكتب الفقهية لفظان لذلك . هما الجنون والعته ، لكن لم يبينوا للناس أنها حقيقة واحدة تحتها نوعان ، أم هما حقيقتان متغايرتان ؟ فقد اختلفت عباراتهم في ذلك اختلافا عظيما ، فالظاهر مما قاله علماء الاصول أنهما متغايران ، وكذلك الشأن في كتب الفروع ، لكنهم صرحوا في بعض الفروع بأن العته نوع من الجنون وفسروه به في بعض المواضع . كذلك صرح علماء الاصول بأن حكم المعتوه كحكم الصبي المميز لكن في بعض الفروع ما يدل صراحة على أن من العته مالا يدرك صاحبه كالصبي غير المميز ، ومنه ما يكون معه نوع ادراك كالصبي المميز ، وفرق في التبيين بين الجنون والعته بأن الاول يصحبه اضطراب وهيجان ، والثاني يلازمه الهدوء والحقيقة واحدة . ولذلك أقول :

(٣) ضعيف العقل من المرتبة العليا ، وهم الأفراد الذين يقوون على أن يتعلموا التعليم الابتدائي وينصرفون تصرفا قليلا فيما يوكل اليهم من الأعمال ، وادراكهم يعادل ادراك صبي تراوح سنه بين الثامنة والثانية عشرة <sup>١</sup> هـ . أقول ان الانسان في هذه الحالات الثلاث يكون معتوها لا مجنوناً ، وكذلك إذا مه ضعف في عقله بسبب شيخوخة أو حادث ألم به فأصعب إدراكه وأثر في عقله ، وأما المجنون فهو ما صاحب عدم ادراكه الكلي أو الجزئي اضطراب ، على ما اختاره في التبيين ، وعلى ذلك يكون المعتوه نوعين ، معتوه غير مميز ، ومعتوه مميز ، وأنه في حال عدم التمييز يلحق بالمجنون في كل أحكامه ، وفي حالة التمييز يلحق بالصبي المميز ، وهذا هو الموافق للفرع الفقهية الروية ، غير أنه يلاحظ أن المعتوه إذا أطلق في الكتب الشرعية يراد به غالبا من هو في درجة الصبي المميز



ان فاقد العقل، أو ناقصه، أو مختله، سواء أ كان هذا الوصف ثابتاً له في أوائل حياته من وقت ولادته أو بعدها، أم كان طارئاً عليه بعد بلوغه عاقلان كانت حالته حالة هدوء فهو المعتوه اصطلاحاً، وإن كانت حالته حالة اضطراب فهو المجنون. وأن المعتوه قيمان: مميز. وغير مميز. هذا هو الذى يؤخذ من كلامهم. ولولا خوف الاطالة لذكرت كل ما يشهد لما أقول « انظر أصول فخر الاسلام. وشرحه والتبيين. والفتاوى الهندية. ورد المختار ». وبالجملة قالته ضعف العقل والمجنون اختلاله.

### أحكام الجنون

للمجنون أهلية وجوب. كأهلية الصبي غير المميز تماماً. وأحكامهما واحدة في كل شيء، فشكل المطاوبات المالية التى تجب على الصبي غير المميز تجب على المجنون. والعقوبات البدنية منتفية عنه كلها. ولا يحرم من الميراث إذا قتل مورثه. ولا تلزمه نعمة بفعل غيره. وجميع تصرفاته القولية باطلة بطلاناً كلياً فلا تصح له عبارة أصلاً. ولا يبنى عليها أى حكم من الأحكام. غير أنه إذا أسلمت زوجته فإن الاسلام يمرض على أحد أبويه. ولا تنتظر افاقة. بخلاف الصبي غير المميز وقالوا فى الفرق بينهما ان بلوغ الصبي سن التمييزات لا عمالة. اذ له وقت معلوم. وأما افاقة المجنون فليس لها وقت معلوم. وقد لا تكون. فلا معنى للانتظار.

وقد يكون المجنون متقطعاً غير مستوعب لكل الاوقات. فيصيب الشخص فى بعض الاحايين. أو فى بعض الاحوال دون

بعض . فأحكامه في حالة جنونه هي الأحكام المتقدمة . وأما في حالة إفاقته وزوال الجنون عنه بالسكية فإن تصرفاته تكون نافذة لانه عاقل بالغ . وإن لم تكن إفاقته تامة ، بل كان يعقل بعض الأشياء دون بعض فتصرفاته في حكم تصرفات المعتوه . هذا وقد جاء التعبير في بعض معتبرات كتب المذهب « بالجنون المغلوب » فقليل في تفسيره انه هو الذي لا يفريق أصلا ؛ سواء أكان جنونه كلياً أو جزئياً ويقابله من يحزن ثارة ويفرق أخرى . وقيل هو الذي لا يعقل أصلا ، أى من كان جنونه كلياً ، ويقابله من يعقل بعض الأشياء دون بعض . وقد يقال لجنونه انه مطبق ، اما باعتبار استيعابه كل الأوقات ، واما لسكونه جنونا كلياً لا يعقل صاحبه شيئا هذه هي الخلاصة تقيية صافية وانظر التبيين وحاشيته والهداية وشروحها ورد المختار .  
أحكام العته

ان كان المعتوه في ادراكه كالصبي المميز ، فحكمه حكم الصبي المميز وإن كان دون ذلك فأحكامه أحكام الصبي غير المميز ، على التفصيل المتقدم .

قال في الفتاوى الهندية : المعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الأب والوصى والجسد دون غيرهم ، وحكمه حكم الصبي ، كذا في حزانة المفتين . وإن كان للمعتوه لا يعقل البيع والشراء فأذن له أبود أو وصيه في التجارة لا يصح ، كذا في البسوط اهـ

وإذا أسست زوجة المعتوه فإن كان مميزا عرض عليه هو الاسلام

كما يعرض على المعبي المميز ، وإن كان غير مميز عرض الاسلام على  
أبيه ، كما يعرض على أبي المجنون ، وهذا لأن العته كالجنون لا حده  
بخلاف الصغر ، وقد نص على ذلك في شرح أصول نثر الاسلام ، وقال  
بعد ذلك : ان العته يشابه الجنون ، وقال قبل هذا بصفحة ان العته  
نوع جنون .

أقول : وبالجمله لا ينبغي أن يثبت في أمر ضعيف العقل ومختلفه  
حتى يمتحن ويتحرى أمره ، ثم يطبق عليه من الاحكام ما يليق به على  
البيان المتقدم ، وهذا هو القول الفصل في هذه المسألة .  
السكر :

السكر معروف ، وقد قيل في تعريفه انه سرور يفلب على  
العقل بمباشرة بعض الاسباب الموجبة له : فيمنع الانسان عن العمل  
بموجب عقله لكن يلاحظ على هذا التعريف أنه لا يتناول السكر  
في جميع أحواله ، إذ بعض السكر لا يصحبه سرور : كالذي يحصل  
من تناول بعض الادوية ، ولذا عرفه بعض العلماء بأنه غفلة تلحق  
الانسان مع فتور في الاعضاء بمباشرة بعض الاسباب الموجبة لذلك  
من غير مرض وعلة . وقيل هو غيبة العقل أو مغلوبته من تناول  
خمر أو ما يشابه الخمر . والسكر لا يثبت شرعا إلا إذا اختلط كلام  
السكران وغلبه الهذيان ، وقد يرتق الحال معه فيصبح لا يعرف الارض  
من السماء ، ولا الرجل من المرأة .

وأقول : قد اختلف نظر علماء الشريعة الاسلامية في أحكام  
ما يصدر عن السكران من قول أو فعل : فنظر فريق منهم إلى

السكر في ذاته فرأى أن ينافي استقامة القصد، وصحة الإرادة ،  
فحكم بأبطال تصرفات السكران ولم يرتب آثارها عليها لفقدان  
ركنها أو شرطها ، ولم يفرق بين سكر وسكر إذ حقيقة السكر  
واحدة لا تختلف باختلاف الطرق المؤدية إليه ، والاحكام الشرعية  
يجب أن ينظر فيها إلى حالة المتصرف في ذاته . وهذا القول في نظري  
هو الاظهر . قال الامام ابن القيم رحمه الله : الصحيح أنه لا عبرة  
بأقوال السكران من طلاق وعتاق وبيع وهبة ووقف وإسلام وزدة  
وإقرار الخ ، لكنه مؤخذ بضمان ما أتلفه ومجانياته ( راجع أعلام  
الوقفين ) .

ونظر فريق منهم وم الاكثر الطريق المؤدى إلى السكر ، فإن  
كان مباحا كسكر الكره بأكره ملجئ ، وسكر المضطر ، وسكر  
من شرب دواء فسكر به ، فالسكران معذور شرعا ، فلا يقام عليه  
الحد وتلغى جميع تصرفاته من طلاق وعتاق وبيع الخ ويعتبر السكران  
في هذه الحالة كالنائم والمنمى عليه في أحكام التصرفات لقيام عذره ،  
واتقاء قصده .

وإن كان محظورا ، كأن يشرب الخمر ونحوها طائعا مختارا غير  
مضطورا ولا مكرهه فيسكر ، فإن تصرفاته كلها تنفذ عليه عقابا وزجرا  
له فيقع طلاقه ويصح بيعه الخ . وهذا هو مذهب أبي حنيفة وأصحابه  
رحمهم الله : لكن الطحاوى والكرخى من أئمة المذهب قالوا بعدم وقوع  
طلاق السكران ، ونقل ابن القيم أنه رواية عن أبي يوسف وزفر ،  
وأن الشافعى نص على وقوع طلاقه ، وأن لبعض أصحابه قولاً

بطريق الاستنباط بعدم وقوعه.

وأما أفعال السكران فإن كانت موجبة للضمان المالى فانه مؤاخذ بها مطلقا ، كمؤاخذة النائم والمغمى عليه ، وإن كانت موجبة للعقوبة البدنية كالحد والقصاص ، فإن كان السكر بمباح فلا عقوبة لاتثناء القصد وعدم ارتكابه المحظور ( انظر رد المحتار ) ، وإن كان السكر بمحظور فلا تسقط عنه العقوبة زجرا وتاديبا له : فاذا قتل وهو سكران قتلا موجبا للقصاص اقتصر منه : وإذا زنى أقيم عليه الحد إذا صحت . ويصح اقراره ولو بما يوجب القصاص فيؤاخذ به إذا أفتق : غير أن اقراره بالحدود الخالصة : كأن يقر بالزنى أو بأنه شرب طائعا مختارا فسكر ، أو بأنه سرق ، فلا يؤاخذ باقراره بها لأن حالته مضطربة غير ثابتة فيكون فى اقراره شبهة : والحدود تدرأ بالشبهات . غير أنه يؤاخذ بالسرقة بالنسبة للمسروق منه : لأنه حق العبد : وحقوق العباد لاتسقط بالشبهات . وكذلك ردة السكران لاتصح استحسانا لعدم لعدم ثباته ، فلا تبين منه امرأته : لكن اسلامه يصح اكتفاء بعمل لسانه وحرصا على ضمه إلى جماعة المسلمين . وإذا قذف انسانا وهو سكران أقيم عليه الحد إذا أفتق ، لعدم جواز الرجوع فى ذلك رعاية لحق العبد .

قال فى شرح المصنف على المنار فى شرح أصول نحر الاسلام : الاصل أن القدوة إذا عدت بأفة صماوية « كالجنون والعته » لم يبق غاطليا ، إذا لم يبق غاطليا لكان تكليف ما ليس فى الوسع ، وهو مردود بالنص . وإن عدت بمعنى من جهة العبد بغير غاطليا ، وبجمل قدرته

باقية زجرا وتنكيلا ، فإذا كان سبب السكر معصية لم يعد عذرا فلا يوضع عنه الخطاب ، وتلزمه أحكام الشرح اه  
أقول : ويؤخذ من التعليل أن السكر إذا كان من مباح فهو عذر .  
وعليه فلا تعتبر القدرة باقية ، كما لو كان زوالها بأفة سماوية : على أنهم قد صرحوا بهذا فيما لو كان السكر ناشئا عن الأشرية المباحة مطلقا كالمتخذة من الحبوب والفواكه التي لا تمنع بل للتقوية والتغذي ( وانظر تفاصيل ذلك في أصول فخر الاسلام وشرحه : وفي كتاب الأشرية من الكتب الفقهية ) .

تنبيه : أصبح طلاق السكران لا يقع عندنا عملا بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، وأقول يجب أن يكون هذا قاصرا على السكران الذي يكثر هذيانه والاختلاط في كلامه ، وأما الذي يتناول المسكر ولا يهذى ولا يخلط في كلامه اقله ما تناوله أو لعموده حتى صار لا يتأثر بما تناوله ، فهذا تصح كل تصرفاته ويقع طلاقه ، لأنه لا ينطبق عليه حد السكران ، ولا شرط السكر ، بل هو في الحقيقة صاحب « انظر رد المحتار في طلاق السكران »

السفه :

هو خفة تعتري الانسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة ، لكنه غلب في اصطلاح الفقهاء على نذير المال واتلافه فيما لا يعمده العقلاء من أهل الديانة غرضا صحيحا وأصل السامحات في التصرفات ، والبر والاحسان مشروع . لسكن الاسراف حرام . ولو فيها أصله خير محض ، كبنائه المساجد والمدارس

والملاحيء ونحوها . فالسفة كما يكون في الشر يكون في الخير أيضا  
والواجب هو الاعتدال والقصد في كل التصرفات لتلايؤل الأمر الى  
اضرار الانسان بنفسه ثم بذيره . قال تعالى : ( والذين اذا أنفقوا لم  
يسرفوا ولم يقتروا . وكان بين ذلك قواما )

والسفة لا ينافي الاهلية بنوعها . اذ عقل السفيه غير مؤوف .  
لكنه مغلوب بهواه . والدليل على ذلك انه مكلف بالعبادات من  
صلاة وصوم وحج وزكاة . ومؤاخذ بمجنانياته بالاجماع . وكان من مقتضى  
هذا ألا يمنع ماله عنه . وألا يحجر عليه في التصرفات شأن كل مكلف  
تام الاهلية . لكن جمهور الفقهاء قالوا بالحجر عليه في التصرفات  
المالية التي تضره ؛ وبألا يسل ماله اليه حتى يؤنس منه الرشد . وخالفهم  
أبو حنيفة في بعض ذلك . وهاك جملة القول في هاتين المسألتين .

تسليم مال السفيه اليه :

اذا بلغ الصبى سفيها منع عنه ماله . فلا يسل اليه شيء منه . قال  
تعالى . ( ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما ) . أى  
لا تعطوا البذرين والمسرفين أموالهم التي في أيديكم وأنتم قوامون عليها  
بالحفظ والتصرف فيها لمصلحتهم <sup>(١)</sup> . ثم قال ( فان أنستم منهم رشدا  
فادفعوا إليهم أموالهم ) . أى ان عرفتم ورايتهم فيهم صلاحا في العقل  
وحفظا للمال فاعطوهم أموالهم فقال أبو حنيفة : ان منع المال عن مالكه  
بهذا النص اما حكم غير معقول المعنى . اذ مالك المال انسان حر بالغ

---

(١) الآية تأويلات أخرى مفصلة في مطولات كتب التفسير والأصول

عاقل مكلف بكل التكاليف الشرعية ولم يسقط عنه شيء من الواجبات فكيف يمنع عنه ماله . واما أن يكون منع ماله عنه تأديباً له . والانسان في أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه لقربه من زمان العبا لكن بعد تطاول الزمن به لا بد من أن يستفيد رشد اما بطريق التجربة والامتحان . فحسبه حبس ماله عنه حتى تصل منه الى خمس وعشرين سنة . فاذا بلغ هذه السن فلا بد أن يكون حصل له نوع رشد . والشرط رشد نكرة . فيتحقق بأدنى ما يطلق عليه اسم الرشده . ولا يخالف في ذلك النص كما علمت . وقال أبو سيف ومحمد لا يعطى السفه ماله حتى يتحقق رشده . ولو بلغت سنه سبعين أو تسعين سنة . لأنه تعالى علق الإتياء بإتيان الرشده فلا يجوز قبله . ولا يلزم من بلوغ السفه سناً معينة أن يؤنس منه الرشده . بل لا بد من وجود الرشده حقيقة في أية سن كانت :

وعلى هذا الخلاف فيما اذا بلغ رشيداً ثم صار سفياً . فأبو حنيفة لا يرى منع ماله عنه خلافاً لصاحبيه .

الحجر على السفه .

قال أبو حنيفة لا أحجر على السفه بل أعتبر تصرفاته صحيحة نافذة كغيره من سائر العقلاء . وذلك لأن النص انما ورد بمنع ماله عنه لا بالحجر عليه في التصرفات .

قال صاحبان : أى فائدة في منع ماله عنه مع اطلاق التصرف له . فهو يتلف بلسانه ما منع من تناوله يده : فيهب لمن يشاء ويبيع



ومحايى من يشاء . وهكذا فلاجل تمام النظر يجب الحجر عليه كما يجب منع ماله عنه . قال أبو حنيفة . ان السفينة إنما يتلف ماله عادة ، التصرفات التي لا تتم الا باثبات اليد على المال كالضيافات والهبات ، فاذا كانت يده مقصورة عن المال فلا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فحصل المقصود بمنع المال عنه وان كان لا يحجر عليه وأما قياس الحجر على منع المال فهو قياس الأعلى على الأدنى . إذ غاية منع المال عنه ابطال نعمة زائدة : وهى اليد والحاقه بالفقراء ، والفقر لا ينافى الاهلية ولا الانسانية : أما الحجر عليه فهو إلغاء عبارته بعدم ترتيب آثارها عليها وفى هذا ابطال ولايته وأهليته والحاقه بالبهائم ، وتجريده من نعمة أصلية هى أكبر النعم وأجلها ، وهى البيان الذى امتاز به الانسان عن سائر الحيوان قال تعالى : « خلق الانسان ، علمه البيان » . فثن جاز الحاق ضرر يسير به فى منع نعمة اليد عنه وهى نعمة زائدة والحاقه بالفقراء لتوفير النظر عليه - لا يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الأصلية والحاقه بالبهائم من أجل النظر .

قال صاحبان : اتنا نقول بالحجر على السفينة لأجل النظر له ولاناس كافة أما النظر له فلا أنه لم يخرج بسفينة عن كونه أخالدا وله حق علينا ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إنما شرع بطريق النظر للمأمور والنهي حقا له علينا ، وأما النظر للناس فلا أن ضرر السفينة يعود اليهم ، فان السفينة اذا أفنى ماله بالسفينة والتبذير صار وبالا على الناس وعيالا عليهم يستحق النفقة فى بيت المال ، والمحجر على الحر لدفع ضرره عن العامة مشروح بالاجماع ، كما فى المفتى الماجن ، والطبيب

الجاهل ، والسكوى الفلاس. وأيضاً نحن اتفقنا جميعاً على الحجر على الصبي.  
والصبي إنما حجر عليه لتوهم التبذير منه ، والتبذير من السفه محقق  
فيجب الحجر عليه نظراً له .

والحاصل أن على قول صاحبين بحجر على السفه نظراً له  
وللناس ، وقد اختار فقهاء المذهب قولهما للفتوى لاقتضاء المصلحة  
الأخذه .

وهما لا يقولان بالحجر على السفه في كل التصرفات ، بل التصرفات  
التي يطلها الهزل وتقبل الفسخ ، كالبيع والاجارة وجميع التبرعات .  
سواء أ كانت تبرعاً ابتداءً وانتهاءً أم تبرعاً ابتداءً فقط ، فتبرعات السفه  
كلها باطلة بطلاناً كلياً . ومعاوضاته متوقفة على اجازة القاضي فينفذ  
مالاً ضرر فيه ويطل ما فيه الضرر . والآن تقوم المجالس الحسينية  
مقام القاضي ، فهي التي تعين القيم على السفه ، وقد قيدت تصرفاته  
بالمادتين ( ٢١ و ٢٢ ) وجعلته خاضعاً لأحكام قانونها بما فيه النظر  
للمحجور عليه .

وأما التصرفات التي تصح مع الهزل ، كالزواج والطلاق ، فالسفه  
غير محجور عليه فيها ، لكن المهر يجب ألا يزيد على مهر المثل ، بل  
يلغى الزائد . لبطلان التزامه . لأنه تبرع . قال في شرح أصول فخر  
الاسلام : وإنما لم يثبت الحجر في حق الطلاق والعناق والتكاح ونحوها  
لأن المحجور عليه لسبب السفه في التصرفات كالهزل . فانه يخرج  
كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصد اللعب دون ما وضع الكلام  
له . لا لتقصان في عقله . فكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل . كالتكاح

والطلاق ، لا يؤثر فيه السفه أيضا ، وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل ؛ وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه اه  
غير أنه استثنى وصية السفه في سبيل الخير ووقفه على نفسه وأولاده من بعده . قال في التبیین . وإن أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله إن كان له وارث ؛ وهذا استحسان والقيس ألا تجوز وصيته كما في تبرأته حال حياته . وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كيلا يتلف ماله ويبقى كالا على غيره ، وذلك في حياته ، أما بعد موته فلا حاجة به الى المال ، ولا ضرر بالوارث ؛ لأن حقه في ثلثي التركة وفي هذه الوصية ما فيها من الثواب والذكر الحسن ، فإن كانت الوصية في غير سبيل الخير فلا تنفذ اه  
ملخصا . وفي رد المحتار أن وقف السفه على نفسه ثم على ولده ثم على جهة بر لا تنقطع وقف صحيح لأنه لا ضرر فيه بل فيه صون ماله له .

وبعد أن اتفق صاحبان على الحجر على السفه اختلفا هل يثبت بنفس السفه ، أو لابد من حكم القاضي ؟ قال محمد بالأول . لأن السفه نظير الجنون والعمه والصغور والرق ، والحجر يثبت بنفس هذه الاشياء من غير حاجة إلى قضاء القاضي فكذلك السفه وذلك لأن كل واحد من هذه الاشياء علة للحجر ووجود العلة يستلزم وجود معلولها . وقال أبو يوسف بالتأني فلا يصير السفه محجورا عليه الا بحجر القاضي ، وذلك لأن الحجر عليه لمعنى النظر له . وهو متردد بين النفع والضرر فكل لا بد من قضاء القاضي لأجل الترجيح . يوضحه أن السفه

١٠٢ - الاتهامات

ليس بشئ محسوس ، وإنما يستدل عليه بآثاره بخلاف الأشياء المقدسة عليها ، ولأن الحجر بالسفنة مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت إلا بقضاء القاضي رفعا للخلاف. ولو كان الحجر من وقت السفنة لكان فيه اضرار بمن عاملوه قبل أن يتبين لهم حقيقة أمره ، وهذا لا يجوز لما فيه من التعرير بالناس فكان لا بد من حجر القاضي عليه ليعلم الناس بذلك فيكفوا عن معاملته . ولا يرتفع الحجر عنه إلا برفع القاضي إياه خلافا لمحمد فانه قال بارتفاعه بزوال السفنة لأن العلة تدور مع معلولها وجودا وعدمها . وقول أبي يوسف هو المعمول به لأنه اضبطوا في العمل به من منع الاضرار بالناس وعليه فجميع تصرفاته قبل حجر القاضي صحيحة نافذة وبعد الحجر تكون على التفصيل المتقدم من بطلان أو توقف على الاجازة حتى يرتفع الحجر برفع القاضي . وأما محمد فانه يجري أحكام السفنة من ابتداء وجوده حتى يزول ، فإذا زال عادت إلى التصرفات صحيحة ونفاذا بدون توقف على فعل قاض . والمجالس الحسبية هي التي تقوم الآن بالحجر على السفنة ورفع الحجر عنه ، وليس هذا من باب القضاء بالمعنى المصطلح عليه لعدم وجود الخصومة وطرفيها جميعا ، وإنما ذلك في الحقيقة من مسائل الحسبة ، والتعاون على البر والتقوى ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر

٧٠ — ولما كان منع الضرر عن الانسان والناس قد اتخذ أساسا

للحجر قال صاحبان بالحجر على ذي الفعلة ، وهو الذي لا يهتدى إلى التصرفات الرباحة ، فيغبن في البياعات لسلامة قلبه مع كونه غير مفسد ولا قاصد للنسาด كذلك قالوا بالحجر على الدين اذا طلب

## ذلك غرماؤه . والتفصيل في كتب الفروع تصرفات المريض مرض الموت

### تعريف المرض

المرض هو ما يعتري الاجسام الحية من خلل أو نقص تفخرج به عن حالة اعتدالها العادية : قليلا كان أو كثيرا ، وقد ينتهي به الامر إلى القضاء على الحياة  
مرض الموت

هو نوع من أنواع المرض اجتمع فيه وصفان ( أولهما ) أن يغلب فيه الهلاك عادة . ويرجع في هذا إلى الاحصاءات الطبية وإلى الأطباء في معرفة طبيعة الأمراض وفي حالة المريض نفسه وفي كل حادثة جزئية اشتباه الأمر فيها ( ثانيهما ) أن يعقبه الموت متصلا به سواء أكان الموت بسببه ظاهرا أم كان بسبب آخر أفضى إلى الموت كقتل أو غرق أو حريق أو نصادم : أو أى سبب آخر أفضى بالمريض الى الموت حال كونه مريضا . فاذا انتفى الوصفان كلاهما أو أحدهما فلا يعتبر الانسان مريضا مرض الموت ، وحيث أن يكون حكم تصرفاته حال مرضه كحكم تصرفاته حال صحته تماما بدون أى فرق بينهما .  
فليكن هذا على ذكر منك ولا تنس عنه

### الأمراض الزمنة

هي الأمراض التي يطول بها الـدى وقد قدر ذلك بعض الفقهاء بسنة فأكثر . وبعضهم وكل أمر التطاول الى العرف . وقد أخذ بالقول الاول فى المادة (١٥٩٥) من المجلة العدلية . وبه أخذ معظم المحاكم

في مصر (١) وعلى هذا اذا مضى على المريض مرضا مزمنة كاملة ولم يزد ما به من المرض في خلالها اعتبرت تصرفاته في تلك السنة كتصرفات السليم، أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات كانت تصرفاته تصرفات مريض مرض الموت . وفصل الخطاب في ذلك هو شهادة الأطباء عند الاختلاف (٢)

الاصحاء الذين هم في حكم المرضى  
أورد الفقهاء في كتبهم حالات يلحق فيها الصحيح بالمرض في حكم تصرفاته . فمن ذلك راكب البحر إذا كان مضطربا هائجا وقد خيف الفرق ومنه من يقدم للقتل قصاصا أو غيره ، ومنه الأسير

---

(١) انظر كتاب تصرفات المريض للاستاذ الدكتور محمد كامل مرسى بك حيد كلية الحقوق سابقا والمستشار بمحكمة النقض الآن .

(٢) إذا ادعى الدائتون أو الورثة أن التصرف حصل حال المرض وادعى الطرف الآخر أنه حصل حال الصحة ، وأتى كل من الطرفين بيينة تشهد له ، كما قال فالراجح هو تقديم بيينة الصحة على بيينة المرض لأن الحادث يضاف إلى أقرب أوقاته والمرضى أقرب الأوقات إلى الموت فيكون الظاهر شاهدا للدائتين والورثة والبيينات شرعت لاثبات خلاف الظاهر ، وقيل تقدم بيينة المرض على بيينة الصحة لان الصحة أصل والمرضى عارض ، والبيينات شرعت لاثبات خلاف الأصل انظر كتاب القول لمن ، لنوعى زاده وكتابي ترجيح البيينات للسيد محمود حمزة والشيخ غانم البغدادي ونكسة رد المختار . ثم قارن هذا بما في المادة ١٦٨ ، من لائحة المحاكم الشرعية الحالية

عند قوم إذا كان من مآذهم قتل الأسرى ، والحامل إذا أخذها  
المخاض (١) .

لماذا كان المريض مرض الموت أحكم استثنائية في بعض تصرفاته؟  
السبب في هذا على ما رأه قضاؤنا هو أن الانسان إذا مرض  
مرضا مخوفاتين فيما بعد أنه أفضى إلى موته ، أو اتصل به موته وكان  
هذا المرض في شدة وتزايد اعتبر في حكم الميت لقيام سبب المعجز به  
فلا يقدر على السعى كما قد كان حال صحته ، وبذا تضعف ذمته عن  
تحمل ما عليه من الديون لغيره . فيتعلق حق الدائنين بماله وكذا يظمر  
تعلق حق ورثته بذلك المال أيضا فيجب حماية كل من الدائنين والورثة  
من تصرفاته الضارة بكل فريق منهم ، فيبطل منها كل ما يفوت به  
شيء من حقوق الدائنين كبيرا كان أو صغيرا ، وكذا كل ما جاوز ثلث  
ماله الباقي بعد الديون حفظا لحق ورثته الشرعى ، وبالجملة فالمرضى في  
هذه الحالة يكون محجورا عليه شرعا في كل ما يضر بدائنيته وورثته .  
وعلى هذا فجميع التصرفات التي لا تمس حقوق الدائنين ولا الورثة  
هى كتصرفاته وهو صحيح بدون أى فرق بينهما ، وذلك لقيام أهليته  
بعد المرض على ما كانت عليه قبله ، وإنما كان الحجر عليه لأمر خارج  
عن الأهلية وهو ما أسلفنا فلا تسه عن هذا (٢) .

---

(١) انظر الدرود المختار والمحلى لابن حزم وكتاب تصرفات المريض  
للاستاذ كامل بك مرسي وشرحي المجلة المدلية لملى أفندى حيدر وسليم أفندى يار  
وجمع القصولين .

(٢) وعلى هذا إذا كان المريض واقفا أو ناظر وقف يملك الشروط من ادخال

أما إذا كان عقل المريض قد إيف بسبب المرض أو بسبب آخر، فإن التصرفات في هذه الحالة لا تعتبر تصرفات مريض بحسبه وإنما تعتبر تصرفات مؤوف بعقله فتطبق عليها أحكام تصرفات المجنون والمعتوه ويصرف النظر عن النظر في مرضه لأن آفة العقل تؤثر في الأهلية وهي مناط صحة التصرف وبطلانه، بخلاف آفة الجسم.

فليكن هذا على ذكر منك في هذا المقام.

مذهب المخالفين في حكم تصرفات المريض.

خالف جمهور الفقهاء في حكم تصرفات المريض أبو محمد بن حزم فجعل حكم تصرفاته وهو مريض كحكم تصرفاته وهو صحيح بدون أى فرق في شيء مائى كلتا الحالتين. وحكى عن أبى سليمان داود بن على إمام أهل الظاهر أنه يوافق الجمهور في مسألة العتق فقط، وأما فيما

---

واخراج وزيادة ونقصان الخ. فالمرض لا يسلبه شيئا من ذلك مادام عقله سليما لم يمسسه ضعف أو خلل. وكذلك الحكم في كل ماله من ولاية على نفس أو مال، مادام قل من حقوق دائنيه وورثته محفوظا مصونا. غير أن الفقهاء قد استنوا من الحجر لحق الغريم والوارث نفقات المريض الضرورية كأجرة الطبيب وثمان الاغذية والادوية والزواج بمهر المثل إذا دعت اليه الحاجة فإن المريض قد يحتاج إلى من يخدمه أو يؤنسه، والتنفقة اللازمة له ولئن معه في عياله، كل اولئك خارج عن نطاق الحجر. ومقدم الوفاء به على حقوق الدائنين والورثة وإن ترتب على ذلك نقص تلك الحقوق وانظر كتابنا التركة والحقوق المتعلقة بها. ورأى ابن حزم في مسألة إيفاء الديون وتقدمها على كل شيء حتى على التجهيز والتكفين خلافا لما ذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة بما ذكرناه هنا وهناك.



عدا العتق ففولهما واحد . وقد أول ابن حزم ما استدل به أبو سليمان وبين أنه لاجبة له فيه : وكذلك صنع مع الجمهور فيما احتجوا به وأورد أقوال الساف في الموضوع مما يخالف الجمهور ومما يوافقهم وضعف أدلتهم العقلية ، والمقام هنا يضيّق عما قاله فارجد إليه في كتابه المحلى فهو واف جدا . هذا ولنبداً الآن في أحكام تصرفات المريض على ماعليه العمل عندنا الان مع ايراد أهم الخلافات ، فأقول

إذا شفى المريض من مرضه ولو برهة من الزمن نفذت جميع تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض ، ولا اعتراض لأحد من الدائنين والورثة على شيء مما صنعه : وذلك لزوال العلة التي أوجبت الحجر عليه . وليلاحظ مذهب مالك في التبرعات بالنسبة للدائنين على ما بيناه في أحكام الهبة في كتابنا التزام التبرعات أما إذا اتصل الموت بهذا المرض كان حكم تصرفاته التي صدرت عنه وهو مريض على هذا التفصيل .

(١) كل تصرف صدر عنه من التصرفات القابلة للفسخ كالهبة والسكفالة والبيع مع المحاباة الخ ، يحكم بصحته ونفاذه في الحال متى استوفى التصرف شروطه الشرعية ، لأنها وقت أن صدرت عنه لم يمنع مانع من صحتها ونفاذها فلا مبرر لتوقفها . حتى إذا مات فحينئذ فقط يكون لمن لحقه الضرر من هذه التصرفات من دأى ووارث حق ابطاله بقدر ما يسلم له حقه المذكور آنفاً ، كما أن له حق اجازته اذا شاء . وان ما قيل مخالفاً لهذا فهو خطأ محض . وقد بسطنا ذلك فيما كتبناه في الهبة .

(ب) وكل تصرف غير قابل للفسخ كالاتفاق يقع على حق غريمه كأن يعتق المريض عبدا من ماله المستغرق بالدين . أو يقع على حق الوارث كأن يعتق عبدا تزيد قيمته على ثلث التركة : فحكم هذا العتق حكم التدبير : فيكون عبدا في كل أحكامه قبل وفاة سيده ، وبعدها يسعى في كل قيمته بالنسبة للدائن ، وفيما زاد على الثلث بالنسبة للوارث . وإذا لم يؤثر اعتاقه في حق غريم أو وارث نفذ العتق في الحال لعدم المانع .

ووقف المريض متى استوفى شروطه نافذ في الحال : لأن الوقف يجوز تقيضه لأسباب متعددة ، فهو ليس كالعتق في عدمقابلية للفسخ فإذا مات الواقف المريض وتركته مستغرقة بالدين فللدائنين إبطال الوقف واستيفاء ديونهم من ثمنه . إذا لم يرثوه من الديون ، فإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين وكان الوقف لا يخرج من ثلث الباقي كان للورثة حق الاجازة والابطال فيما زاد على الثلث ، حتى يسلم لهم الثلثان من باقى التركة ، وكذلك إن كانت التركة خالية من الديون فلم يملك إبطال الوقف في الثلثين وليس لهم إبطاله في الثلث . حتى لو كان الوقف ابتداء على بعض الورثة دون بعض ، وذلك لأنه في المآل يكون لغير الورثة حتما . ومن أجل هذا لزم في الثلث بخلاف الوصية للوارث ( أنظر ما كتبناه في وقف المريض في كتابنا «الوقف» فهو من أحسن ما كتب لاحاطته بكل الأحكام في كل الصور مع دقة التعبير وسلامة العبارة وسهولة فهمها )

وقد جوز الشارع للمريض ، كما جوز للمصحيح ، أن يوصي

للأجنبي الى ثلث ماله ، ومنعه من الوصية للوارث - على مذهب  
اليه جمهور الفقهاء . على ما أسلفنا . وقد رأى أبو حنيفة رحمه الله  
أخذاً من هذا أنه لا يجوز للمريض أن يبيع عينا من أعيان ماله لوارثه  
لما في ذلك من إثارة على سائر الورثة بتلك العين التي باعها إياها وحقم  
جميعاً ثابت في نفس أعيان التركة بخلاف الدائنين فإن حقم متعلق  
بمالية التركة ، دون أعيانها ، بدليل أن الوارث إذا شاء أن يؤدي الدين  
من مال نفسه ويرجع بما أدى على التركة كان له هذا ، وليس للدائن  
أن يمتنع عن ذلك . وقال صاحبان إذا باع لوارثه بأكثر من القيمة  
أو بمثلها فلا بأس بهذا ، لأنه ليس في فعله هذا إبطال حق الورثة الآخرين  
أو غيرهم . والفتوى على قول الامام .

وانظر ما جاء في القانون المدني بشأن ذلك في بيع المريض في  
المواد ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٦ وما جاء في صلب القانون من الغلط في ذلك  
هذا حكم التصرفات الانشائية للمريض . أما إقراره فإن كان  
لأجنبي فهو صحيح ولو كان بكل ماله (١) : وإن كان لوارثه فإنه يتوقف  
على اجازة باقي الورثة بعد موت المقر ، وعلى ذلك بأنه متمم في إقراره  
للوarith دون الأجنبي واستدلوا له بما رووه عن عمر أو ابنه رضى الله  
عنهما . وهو « إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فهو  
جائز وإن أحاط ذلك بماله : وإن أقر لوارثه فقير جائز إلا أن يرضى به

(١) وقيل لا يجوز إقراره بأكثر من الثلث . انظر كتابنا طرق الإثبات

الورثة (١)، وكذلك الحكم عند الامام احمد، وقد اقتصرنا على تعليل عدم صحته للوارث بالثمة .

والوراث عند أبي حنيفة وأصحابه هو من قام به سبب من أسباب الأثر وقت الاقرار، ولم يمنع من ارثه مانع وقت الموت . فاذا انتفى أحد الأمرين نفذ الاقرار غير موقوف على اجازة الورثة، كالذي يقر وهو مريض بدين لامرأة أجنبية منه : ثم يتزوجها بعد هذا الاقرار، ويموت عنها وهي وارثة له : وكالريض الذي يقر بدين أو عين لأخيه وليس لذلك المريض ولد وقت الاقرار، ثم يولد له ابن ثم يموت عن ابنه وأخيه فإن الاقرار لأخيه ينفذ لعدم توافر الشرطين جميعا وقت الوفاة (٢) . وأما عند الامام أحمد وأصحابه فالوارث هو من

---

(١) هذا الاثر على فرض صحته لا يخرج عن كونه قول صحابي . وقد اختلفت أئمة الشريعة في حجية قول الصحابي، فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى أن ذلك القول إن كان مما لا يدرك بالراى كالمقدرات فهو حجة وكذا ما شاع من أقوال بعض الصحابة فسكت سائرهم عند استماعه ولم يعترضه أحد منهم، فهذا هو المسمى بالاجماع السكوني وإن كان القول مما يدرك بالراى ويكون للاجتهاد فيه مجال قليل انه حجة وقيل لا يكون حجة . أما إذا اختلفوا فيه فهو ليس بحجة بالاتفاق وذهب جمهور الفقهاء الى القول بعدم حجية قول الصحابي مطلقا، وهو الراجح عند المحققين من علماء الاصول ( انظر كتابنا في علم أصول الفقه ) .

(٢) استثنى فقهاء المذهب الحنفي مسائل يستوى فيها الاقرار للوارث وعدمه . فقالوا بصحة الاقرار فيها ونفاذه بدون توقف على الاجازة لعدم القائمة في ابطال الاقرار، وهم :

كان وارثا بحسب الظاهر وقت الاقرار ، سواء أ كان وارثا بالفعل وقت وفاة المقر أم لا ، فاذا أقر الرجل لأخيه ، وكان وارثا له وقت الاقرار ، ثم ولد له ابن ثم مات فورثه ابنه دون أخيه فلا ينفذ الاقرار للأخ : بل يتوقف : وذلك لأن المبرة عنده اقيام التهمة وقت الاقرار فقط وهذا بخلاف الوصية لو ارث فانه يكتفى بكونه وارثا عند وفاة المورث فقط .

وعند الشافعي رحمه الله ( وكذا عند أهل الظاهر كما قدمنا ) يقبل اقرار المريض بالدين وبالعين للأجنبي وللوارث جميعا كاقراء الصحيح ويساوى اقراره البيعة في القبول ولا يفرق الشافعي بين دين صحة ودين مرض خلافا لأصحابنا وذلك لأن الظاهر من حاله أنه محق في اقراره

١ - أن يكون للوارث وديعة معروفة عند مورثه فيقر مورثه المريض بأنه استهلكها فينفذ اقراره . وذلك لأن الوديعة أمانة ، والامانة تضمن بموت الامين مجعلا - انظر كتابنا التصرف بطريق النيابة عن الغير - فاذا مات المريض مجعلا للوديعة كانت مضمونة عليه ، فالأقرار إذا لم يأت بشيء جديد .

ب - أن يكون للمورث وديعة عند الوارث فيقر وهو مريض أنه قبضها منه فيصح اقراره وينفذ . وذلك لأنه لو مات فطالب بها ورثته الآخرون ذلك الوارث المودع عنده فقال اني سلتها الى المودع صدق بلا يئنه ( انظر حكم الوديعة ) .

ج - أن يكون المورث قد وكل أحد ورثته بقبض دين له من بعض مدنيه ثم يقر وهو مريض أنه أخذ من وارثه ما وكله بقبضه ، فانه يصدق في اقراره لأن الوكيل أمين .

ولا يقصد حرمان بعض الورثة فإنه قد انتهى إلى حالة يصدق فيه الكذب ، ويتوب فيها الفاجر . وهل لبقية الورثة تحليف المقر له أن المقر به كان يلزم المقر أن يقر لى به لكونه ديناً في ذمته فإن نكل حلفوا وبطل الاقرار ؟ قولان في المسألة ، والظاهر رجحان التحليف « انظر الرّوض وشرحه وحاشيته » .

وأما عند مالك رحمه الله فقد قال ابن جزى في قوانينه لا يقبل اقرار المريض لمن يثمه بمودته من قريب أو صديق ملاطف سواء كان وارثاً أم غير وارث إلا أن يجيزه الورثة ويقبل فيما سوى ذلك .

### دين الصحة ودين المرض

ديون الصحة هي الديون التي شغلت بها ذمة الانسان حال صحته سواء أكانت ثابتة باقراره أم بالبينّة . ويلحق بها في الحكم الديون التي ثبتت في ذمته وهو مريض وكان دليل ثبوتها البينة ، وأما ديون المرض فهي التي لزمته باقراره وهو مريض ، ولم يكن لثبوتها طريق سوى اقراره .

وديون الصحة وما في حكمها مقدمة على ديون المرض عند الإبقاء فإذا وفيت ديون الصحة وما ألحق بها وبقي شيء من التركة وفيت منه ديون المرض كلها ان وسعها . وأما إذا لم تف التركة بديون الصحة فإنها تقسم بين دائتي الصحة بالحصص على نسبة دين كل منهم . وكذلك الحكم إذا لم تكن ديون صحة وكان هناك ديون مرض فقط وضافت عنها التركة فإنها تقسم بين دائتي المرض قسمة تناسبية على

ما تقدم . وإذا وفيت التركة بديون الصحة كلها ولم يف الباقى منها بكل ديون المرض قسم ذلك الباقي بين دائئى المرض على ما أسلفنا . والأمثلة ظاهرة .

### النيابة فى التعاقد

النيابة من الغير فى التعاقد اما أن تكون جبرية بحكم الشرع وهى نيابة كل من الأب والجد على أولادها الصغار ومن فى حكمهم من فاقدى أو ناقصى الأهلية من المجانين والممتوهين فى النفس والمال . وقد تكون النيابة بالوصاية باختيار الأب أو الجد للوصى أو بتعيين القاضى له . وأما النيابة الاختيارية فتكون بالوكالة وقد تأخذ الفضالة حكم الوكالة إذا أجازت اجازة معتبرة . وقد ينوب القاضى بحكم الشرع فى تزويج اليتامى وفى بيع مال المدين لايفاء ما عليه من الديون . وسأقتصر هنا على الوكالة فقط وأرجى الباقي إلى الطبعة الثانية .

## الوكالة

التوكيل هو إقامة الانسان غيره مقام نفسه ترفها أو عجزاً في تصرف جائز معلوم<sup>(١)</sup> ولو كان توكيلاً عاماً لأنه معلوم. والوكالة اسم من التوكيل

### ركن الوكالة وشروطها واقسامها

تتعقد الوكالة بإيجاب وقبول ولا بد من علم الوكيل بالوكالة فان ردها بعد علمه بها ارندت ولا يصح تصرفه بعد رده. ولا تصح الوكالة إلا إذا كان الموكل ممن يملك التصرف بنفسه بأن يعقل معنى العقد وأن يكون الوكيل كذلك. وهذا شرط أساسي في كل العقود كما هو ظاهر وقد يكون ركن التوكيل مطلقاً كوكلتك ببيع ساعتى هذه، أو مقيداً، كأذنتك باجارة دارى للسكنى كل شهر بكذا، أو معلقاً بشرط «كأذا بلغ سعر القنطار من القطن كذا جنيهاً فبيع قطنى بهذا السعر» أو مضافاً إلى وقت مستقبل «كأمرتك بشراء كذا فى أول السنة الآتية» والاذن والأمر يعتبران توكيلاً وقد يكون الأمر من قبيل الرسالة، والفرق يظهر بالقرائن، والاجازة اللاحقة فى حكم الوكالة السابقة فإذا باع فضولى مال غيره بلا إذنه فأجاز صاحب المال البيع يكون كما لو وكل الفضولى بالبيع أولاً: وكل عقد جاز للموكل أن يعقده لنفسه جاز أن يوكل به غيره. وهذه قاعدة مطردة فيجوز لمن توافرت

(١) أى للوكل، فلا يجوز توكيل الصبي غيره فى اعطاء الهبة لانه هو نفسه لا يجوز له أن يهب



فيه شروط الأهلية أن يوكل غيره بإبقاء ماعليه من الحقوق واستيفاء ماله منها وبالبيع والاجارة والحبة والخصومة الخ .  
وقد تكون الوكالة خاصة أو عامة . فالعامة كأن يقول له أنت وكيل في كل شيء . والخاصة كوكلتك باجارة أرضي أو بيع فرسي .  
ويصح تفويض الرأي للوكيل فيتصرف فيما وكل به كيف شاء ويصح تعيينه بتصرف مخصوص حسبما يرى الموكل . فإن كان الأمر مفوضاً لرأي الوكيل جاز له أن يوكل غيره ويعتبر الوكيل الثاني وكيلًا عن الموكل فلا ينزل بعزل الوكيل الأول ولا بوفاته . وقد تكون الوكالة بأجر أو بدون أجر ففي الحالة الأولى يكون الوكيل أجيراً كالدلال والسمسار وكلاء الدعاوى ( المحامين ) فيعطى حكم الاجير وفي الحالة الثانية يكون متبرعاً : فإذا لم يشترط الاجر في الوكالة ينظر فإن كان الوكيل من الفريق الأول فله أجر المثل ، وإن كان من الفريق الثاني فلا أجر له .

ويجوز أن يوكل وكيلين بمقد واحد أو بمقدين فإن وكلهما بمقد واحد فلا يجوز لأحدهما أن يتفرد بالتصرف فيما وكل به إلا إذا كان لا يحتاج فيه الى الرأي كإبقاء الدين أو كان لا يمكن اجتماعهما عليه كالخصومة فإنه يجوز لكل منهما الانفراد وحده بشرط أخذ رأي الآخر في الخصومة دون حضوره ، وإن وكلهما بمقدين جاز لكل منهما الانفراد بالتصرف مطلقاً

### حكم العقد وحقوقه في الوكالة

حكم العقد هو الأثر المترتب عليه شرعا المقصود من العقد للعاقدين . وحقوقه هي مستلزماته الأخرى المتممة لعمله ففي عقد البيع (مثلا) الحكم هو انتقال ملكية المبيع من البائع إلى المشتري في مقابلة الثمن والحقوق هي تسليم المبيع إلى المشتري ومطالبة الثمن ، وحبس المبيع عنه حتى يؤدي الثمن إن لم يرض البائع بتأجيله ورد المبيع بالعيب والخاصة في ذلك وضمان الثمن عند الاستحقاق وغير ذلك مما يحقق غرض العاقدين ويتم به مقصود كل منهما ويسلم له ما ألزم به صاحبه وقد اتفقت الكلمة على أن حكم العقد يثبت للموكل بصنع الوكيل

وأما الحقوق فتارة تكون للوكيل وعليه وتارة تكرر للموكل وينتهي عمل الوكيل بمجرد تمام العقد ويكون الوكيل في هذه الحالة في حكم الرسول من حيث ثبوت حكم العقد وحقوقه لكل من الموكل والمرسل

وقد تقع المخالفة من الوكيل فيثبت حكم العقد له وحقوقه كذلك ومثله في ذلك الرسول أيضا . وهالك جملة القول في هذه المسألة

( الحالة التي ترجع الحقوق فيها إلى الوكيل )

متى توافرت في العقد الامور الاربعة الآتية رجعت فيه الحقوق إلى الوكيل .

الاول : أن يكون مما يتم بالقول .

الثاني : أن يكون من عقود المعاوضات المالية .

الثالث : أن يضيف الوكيل العقد إلى نفسه كأن يقول وكيل البائع للمشتري بعت لك الدار الفلانية (وهي الدار التي وكل بيعها) وكان يقول وكيل المشتري البائع اشتريت منك دارك الفلانية بكذا بدون أن يذكر الموكل في العقد . وكالبيع والشراء في ذلك الإيجار والاستئجار والصلح الذي هو في معنى البيع .

الرابع : أن يكون الوكيل غير محجور عليه ، فإذا توافرت هذه الأمور في عقد ثبت حكم ذلك العقد للموكل ورجعت الحقوق فيه إلى الوكيل (الأحوال التي ترجع الحقوق فيها إلى الموكل ولا يكون للموكل فيها إلا مباشرة العقد فقط) .

ويكون ذلك فيما يأتي .

(أولاً) أن يكون العقد مما لا يتم إلا بالقبض . وهذا ينتظم الهبة والصدقة والإعارة والقرض والإيداع والرهن .

فإن كان وكيلاً من جانب المعطي مطلقاً أي سواء أضاف العقد إلى نفسه أم أضافه إلى موكله أو كان وكيلاً من جانب المعطي وقد أضاف العقد إلى موكله ثبت الحكم والحقوق لموكله . مثال ذلك في الهبة أن يقول الوكيل وهبت لك كذا ، أو وهب فلان لك كذا ، أو وهب فلان كذا . أما إن أضاف العقد إلى نفسه — وهو وكيل من جانب المعطي فإن حكم العقد يثبت له وكذا حقوقه ، مثال ذلك أن يقول — وهو وكيل عن غيره للواهب هب لي كذا . ففي ثلاث صور يثبت الحكم والحقوق للموكل وفي صورة واحدة يثبت الحكم

والحقوق للوكيل ، ويخرج بهذا عن الوكالة . وليقس على الهبة غيرها من أخواتها .

( ثانيا ) أن يكون العقد مما لا يدخله شرط الخيار فلا يقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب كالزواج والخلع . فإذا قال الوكيل عن الزوج زوجت فلانة لموكلى فلان أو قال الوكيل عن الزوجة زوجت فلانا موكلتي فلانة ثبت العقد وحكمه للموكل ، وكان الوكيل سفيرا ومعبرا فقط . وباتهاء العقد تنتهى وكالته . أما لو قال ووكيل الزوج للمرأة زوجيني نفسك ثبت له حكم العقد وحقوقه ، وخرج بذلك عن الوكالة وكذا لو وكلت امرأة أختها ( مثلا ) بأن تزوجها من فلان فالت الأخت لفلان هذا زوجتك نفسى تم العقد بينهما وكانت الحقوق لهما . ( ثالثا ) أن يضيف الوكيل العقد الى الموكل كأن يقول ان فلانا باع لك كذا ، فالحكم والحقوق ترجع كلها الى الموكل .

( رابعا ) أن يكون الوكيل - بعد كونه ميمزا - محجورا عليه كالصبي ولم يكن مأذونا له من وليه أو وصيه ففي هذه الحالة تكون المهدة على الموكل

( تعليل الأحكام المتقدمة )

والسبب الذى جعل حقوق العقد فى بعض الأحوال ترجع الى الوكيل وفى بعضها ترجع الى الموكل هو أننا حينما ننظر الى العقود نجد أنها تنقسم الى قسمين ، قسم لا يتم الا بالقبض كالهبة والرهن ، وقسم يتم بالقول كالبيع والزواج ، وبالنظر فى القسم الثانى نجد أنه ينقسم الى قسمين قسم يجوز أن يدخله خيار الشرط فيقبل الحكم فيه الانفصال عن السبب

بإخيه عنه كالبيع ، وقسم لا يجوز شرعاً أن يدخله ذلك الخيار كالزواج فلا يقبل فيه الحكم الانفصال عن السبب ، وبذا صارت أقسام العقود على هذا الاعتبار ثلاثة أقسام . هذا من جهة ، ومن جهة أخرى نرى أن لتصرف الوكيل جهتين ، جهة حصول العقد بعبارة هو ، وجهة نيابته عن الموكل . فلو راعينا جانب العبارة الصادرة عن أهلها في محلها لأثبتنا الحكم والحقوق للوكيل ، وبذا يبطل التوكيل مع أن الحاجة داعية إليه - ولو راعينا جانب الموكل فأثبتنا له الحكم والحقوق لألفينا عبارة الوكيل . فنأجل هذا راعينا الجهتين فأثبتنا الحكم للموكل<sup>(١)</sup>

(١) وطريق ثبوت الحكم للموكل على ما قاله أبو الحسن الكرخي أن الحكم يثبت للوكيل لتحقيق السبب من جهته ثم ينتقل إلى الموكل واعتراض على هذا بأن المشتري لو كان قرضياً للوكيل لعق عليه بمجرد الشراء على هذا الاعتبار لكنه لا يعق عليه . ويجاب عن هذا بأن الملك هنا غير مستقر ، وعق القريب بسبب شرائه إنما يكون في ملك مستقر .

وعلى ما قاله أبو طاهر الدباس أن الحكم يثبت للموكل ابتداء بطريق الخلافة عن الوكيل كما إذا وهب عبدة أو اصطاد العبد شيئاً فإن الملك يثبت لسيده ابتداءً فيها وهب له وما اصطاده بطريق الخلافة عنه .

وعلى ما قاله أبو زيد الديوبسي أن الوكيل نائب في حق الحكم وأصيل في حق الحقوق فثبت له ثم تنتقل إلى الموكل من قبله

وتقولوا عن الشافعي وما لك واحد أن الحقوق تتعلق بالموكل لأنها تابعة لحكم التصرف ، والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه (انظر الهداية وشروحه) .  
(تمة) الحقوق نوعان ، حق يكون للوكيل ، وحق يكون على الوكيل . فالأول

لأنه هو المقصود من التوكيل ، أما الحقوق فجعلناها للوكيل في العقود التي تم بالقول ويقبل الحكم فيها الانفصال عن السبب شرعا كالشراء والبيع والاستئجار والإيجار . ولم نستطع أن نجعلها له في العقود القولية التي لا يدخلها خيار الشرط ، ولا في العقود التي لا تتم إلا بالقبض . أما في الأول فلأن تلك العقود من قبيل الاسقاطات ، والاسقاط يضمحل في الحال ، ولا يتصور فيه التراخي عن سببه لاعتقلا ولا شرعا بخلاف البيع ونحوه . فإن المسبب فيه لا يعقب السبب إذا دخله خيار الشرط وهذا بصنع الشارع نفسه . وليس الزواج وأضراره كذلك ، فإن الشارع لم يجعل في شيء منها خيار الشرط ، فصار الحكم فيها هو الاسقاط ، وهو

كقبض المبيع والمطالبة بالتئن والمخاصمة في العيب والرجوع بشئ مبيع مستحق . ففى هذا النوع للوكيل ولاية هذه الأمور لكن لا يجب عليه فإن امتنع لا يجبره الموكل على هذه الأفعال لأنه متبرع في العمل ، بل يوكل الموكل بهذه الأفعال . وإن مات الوكيل فولاية هذه الأفعال لورثته ، فإن امتنعوا وكلوا موكل مورثهم . وعلى ما حكوه عن الشافعى يكون للوكيل ولاية هذه الأفعال بدون توكيل من الوكيل أو ورثته . وإثناى كتسليم المبيع الى المشتري ان كان وكيلاعن البائع وتسليم الآن الى البائع ان كان وكيلاعن المشتري .

وفى هذا النوع يكون الوكيل مدعى عليه فللدعى أن يجبره على تسليم المبيع والتئن . وبالجملة ان كان الوكيل فى مقام المدعى فالحق له ، وإن كان فى مقام المدعى عليه فالحق عليه . وأقول اعتبار الوكيل متبرعا من النوع الأول محله اذا لم يكن التوكيل بأجر فان كان كالدلال والسمسار فانه يلزم بتسليم المبيع وتسليم التئن (المادة ١٥٠٤) من المجلة المدلية .

ملازم للعقد لا يقبل الانكسار عنه ، وكذا الحقوق . فثبت الحكم  
والحقوق لمن ثبت له العقد . ويكون الوكيل سفيرا ومعبرا إذا ثبت  
العقد للموكل ، أما إذا خالف فثبت العقد له كان أصيلا في الحكم  
والحقوق جميعا .

وأما في البيع وأضرابه فإنه لما أمكن شرعا انفصال الحكم فيها  
عن العقد أمكن أن يتصور أيضا انفصال الحقوق عنه ، إذ العدة سبب  
لكل منها ، وعلى هذا يجوز أن يثبت الحكم لشخص ، وأن تثبت  
الحقوق لغيره ، وبهذا يتوفر على كل من الوكالة وعبارة الوكيل حقها  
وكان اللازم بمقتضى هذا أن الوكيل إذا كان صبيا ميمرا غير مأذون  
له أن تثبت الحقوق له لكن منع من ذلك كونه محجورا عليه غير  
مأذون له ففي تحميل العدة عليه ضرر به

وأما إذا أضاف الوكيل العقد من أول الأمر إلى موكله فقد آذن  
موكله بأنه اعتبر نفسه رسولا ناظرا لكلامه فقط وأنه متنصل من  
حمل عدة العقد من الآن . فكانت الحقوق - لاجرم - عائدة إلى  
الموكل هذا في العقود التي تم بالقول في قسميها

وأما في الثاني وهو العقود التي يتوقف تمامها على القبض كالعدة  
فلأن الحكم فيها لما كان لا يثبت إلا بالقبض . والقبض يلاقى محلا غير  
مملوك للعقد ، لم يكن من المتصور جعله أصيلا لأن العقد لم يتم بعبارة  
وحدها . وإذا كان الأمر كذلك فالعقد يتم للموكل أن القبض وتثبت  
الحقوق له تبعا لثبوت الحكم . هذا إذا كان التوكيل من جهة المالك  
وكذا إذا كان من جهة من يريد التملك وقد أضاف الوكيل العقد إلى

موكله . أما إذا أضافه إلى نفسه فقد حالف وإد اثبت الحكم والحقوق  
تولى الشخص الواحد طرفى العقد

المعقود التى يتوقف وجودها الشرعى على ارادتين كالبيع والزواج  
ونحوهما لا بد فيها من تعدد العاقد طرف للايجاب ، وطرف للقبول ، وذلك  
لظهور الارادة فى العقد من الطرفين ، لأن لكل منهما حق اقبل الآخر  
هى آثار مرتبة على العقد ، وهذه الحقوق لا ينبغي أن يستقل بها واحد  
لتدافعها ، فالبائع (مثلا) يطالب المشتري بتسليم الثمن اليه ، والمشتري  
يطالب البائع بتسليم المبيع اليه وبخاصة فى الميب ، وعند ظهور استحقاق  
المبيع الخ . غير أنهم استثنوا الأب والوصى المختار فأجازوا لكل واحد  
منهما أن يستقل بالعقد وحده ، أما الأب فلو فور شفقتة وكأله  
وأما وصيه فلا أنه قائم مقامه ، وكذا القاضى بالنسبة لصغيره (مثلا)  
هما فى ولايته ، ومثله فى ذلك الوصى الذى يقيمه هو ؛ وقد يكون  
طرفا العقد فى ولاية الأب أو الوصى المختار أيضا فينبوب عنهما فى  
العقد بحكم الولاية عليهما ، وكذا الوكيل اذا كان موكلا من شخص  
يبيع شىء معين وموكلا من آخر بشراء ذلك الشىء بعينه له وكذا  
فى عقد الزواج قد يتولى الشخص الواحد طرفيه معا بصفة واحدة كأن  
يكون وليا أو وكلا عن الطرفين ، أو بصفتين مختلفتين كأن يكون  
أصيلا أو وكلا بالنسبة لأحد الطرفين مع كونه وليا أو وكلا بالنسبة  
للطرف الآخر . وهذا متفق عليه . وقد يكون فضوليا بالنسبة  
لطرف واحد ، وأصيلا أو وليا أو وكلا بالنسبة للطرف الآخر ،  
وإذا وهب الانسان لمن هو فى ولايته أو كتفه شيئا اكتفى بإيجاب



الواهب وحده فلا حاجة اذا لقبول أو قبض ، بل تم الهبة بالايجاب وحده .

وقد نصوا على أن الأب اذا كان عدلا أو مستورا الحال جاز له أن يبيع ماله لولده وأن يشتري مال ولده لنفسه بمثل قيمته أو بغيره يسير ، لافرق في ذلك بين المنقول والعقار ؛ وأن يتولى هو طرفي العقد ، بمباراة واحدة ، لأن الغرض هو ظهور ارادته في عقد البيع والشراء ، أما اذا كان الأب سيء التدبير فاسد الرأي فلا بد من الخيرية للصغير - على ما سيأتي . ولا يبرأ الأب في الشراء من الثمن حتى ينصب القاضي لولده قيا ف يأخذ الثمن من الأب ثم يسلمه اليه ليحفظه لولده ، وان باع مال نفسه لولده فلا يصير قابضا له بمجرد البيع فاذا هلك قبل التمكن من قبضه فضمانه على الأب . وأما الوصي المختار فلا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه الا اذا كان في ذلك خير لليتيم ، والخيرية في العقار أن يشتريه بضعف قيمته ، وأن يبيعه لليتيم بنصف قيمته والخيرية في المنقول أن يشتري ما قيمته عشرة بخمسة عشر ، ويبيع ما قيمته خمسة عشر بعشرة . وفسر بعضهم الخيرية بالمنفعة الظاهرة لليتيم بيعا وشراء وان لم تكن على النسبة المتقدمة . وأما القاضي فاذا كان له ولاية على أموال يتيمين (مثلا) جاز له أن يبيع مال أحدهما للآخر . ولا يجوز له أن يبيع مال نفسه لليتيم ، ولا أن يشتري مال اليتيم لنفسه ، لأن فعله قضاء ، وقضاؤه لنفسه لا يجوز . وكذا الوصي الذي أقامه القاضي لا يجوز له أن يشتري مال اليتيم لنفسه ، ولا أن يبيع شيئا من

ماله لليتيم مطلقا ولو كان في ذلك خير لليتيم ، وذلك لأنه وكيل عن القاضى ، وفعل الوكيل كفعل الموكل ، فكما أن ذلك لا يجوز للقاضى لا يجوز لو كيله لكن إذا اشترى هذا الوصى من القاضى أو باع له جاز ذلك لتعدد طرفى العقد .

## المبحث الثاني

### أوصاف صيغة العقد

صيغة العقد قد تكون منجزة أو معلقة أو مضافة الى المستقبل وفي كل هذه الاحوال اما أن يكون للعقد مدة محدودة (عقد مؤقت) واما أن لا يكون كذلك (مطلق أو مؤبد) . فهذه ست حالات . وفي كل حالة من هذه الحالات اما أن يكون العقد مقترنا بالشرط أو مجردا فتكون الصور الميئنة لأوصاف الصيغة اثنتى عشرة صورة . وهاك الأمثلة .

### صور التنجيز

١ - منجز مجرد غير مؤقت (مطلق)

بعت لك دارى الفلانية . تزوجتك . أنت طالق . وهبت لك كذا .

٢ - منجز مجرد مؤقت .

أجرت لك دارى مدة سنة . أعزتك دابئى ثلاثة أيام .

٣ - منجز مقترن بالشرط غير مؤقت (مطلق)

بعت لك دارى على شرط أن أسكن فيها بعد العقد مدة سنة ..  
تزوجتك على شرط أن تكون عصمتى يدي

٤ - منجز مقترن بالشرط مؤقت .

أجرت لك دارى مدة سنة على شرط أن تجعلها لسكنائك فقط .

أعرتك دابتي ثلاثة أيام على شرط ألا تحمل عليها أكثر من قنطار واحد.

### صور التعليق

٥ - معلق مجرد غير مؤقت (مطلق)

ان نجحت في الامتحان وهبت لك داري الفلانية :

٦ - معلق مجرد مؤقت

ان سافرت الى الاسكندرية في صيف هذا العام فقد أعرتك داري لتسكنها مدة ثلاثة أشهر .

٧ - معلق مقترن بالشرط غير مؤقت (مطلق)

ان عدت من سفرى سالما وهبت لك داري الفلانية على شرط ان تعطيني عوضا عنها .

٨ - معلق مقترن بالشرط مؤقت .

ان لم تجد دارا تسكنها فقد أعرتك داري لسكنائك مدة ثلاثة أشهر على شرط ألا تسكن معك أحدا فيها غير عيالك .

### مضاف الى المستقبل

٩ - مضاف مجرد غير مؤقت ( مؤبد )

وقفت داري من أول شهر يونيه الاقنى ليعطى ريمها للفقراء والمساكين صدقة مؤبدة .

١٠ - مضاف مجرد مؤقت .

أجرت لك داري الفلانية من أول شهر مايه الاقنى مدة سنة .

١١ - مضاف مقترن بالشرط غير مؤقت ( مؤبد )

جعلت أرضي الفلانية صدقة موقوفه على الفقراء والمساكين من أول يناير سنة ١٩٤٦ ليصرف فاضل غلتها اليهم على شرط أن يقدم فقراء قرايى على غيرهم

١٢ - مضاف مقترن بالشرط مؤقت

أجرت لك أرضي الفلانية من أول أكتوبر الآتي مدة ثلاث سنين على شرط ألا تزرع فيها نوع كذا .  
العقد المنجز

هو ما صدر بصيغة غير معلقة على شرط ولا مضافة الى المستقبل . وحكم العقد المنجز ترتب حكمه عليه في الحال بعد استيفاء كل شروطه وأركانه ، كقوله تزوجتك وقولها قبلت . وكقوله بعثتك دارى الفلانية بكذا وقول الآخر اشتريتها بذلك . فالنكاح تثبت أحكامه في الحال عقب القبول مباشرة ، والملكية في البيع تنتقل الى المشتري عقب قبوله . وهكذا الشأن في كل العقود المنجزة . كقول السيد عبدى فلان حر ، وقول الزوج زوجتى فلانة طالق الخ

وكل العقود يصح تنجزها الا ما لا يقبل ذلك بطبيعته كالوصية والايصاء ، فان حكم كل منهما لا يثبت الا بعد موت الموصى . ولو كانت الصيغة منجزة ، كقوله أوصيت لفلان بكذا من مالى ، وأقمت فلانا وصيا على أولادى

العقد المضاف

هو ما صدر بصيغة أضيف فيها الايجاب الى زمن مستقبل ،

وحكمه أنه يتعقد علة في الحال ، ولكن لا يترتب عليه أثره إلا عند مجيء الوقت الذي أضيف إليه . فلو قال أجزتك داري من أول شهر شوال الآتي لا يترتب لا يترتب على هذا العقد حكمه إلا من أول شوال المذكور . وكذا لو قال جعلت أرضي صدقة موقوفة لله تعالى بعد شهر ، لا تكون وقفا إلا بعد شهر . وكذا لو قال عيدي حر أو زوجتي طالق في أول السنة القادمة لا يثبت كل من الحرية للعبد والطلاق للزوجة إلا في أول السنة القادمة ، وهكذا

العقد المعلق :

هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر ، فإن كان ذلك الأمر الآخر محقق الوجود في الحال ، كان تعليق العقد صوريا فقط ، وهو في الحقيقة تنجيز ، مثال ذلك أن تقول لابنك (مثلا) ان نجحت في امتحان هذا العام فقد وهبت لك كذا وكذا ، وقد كنت قلت ذلك بعد تمام الامتحان ، وقبل ظهور النتيجة ، ثم ظهر أنه كن ناجحا ، فالهبة منجزة ، وإن كان العقد في الصورة معلقا . ومن ذلك أيضا ما لو قال رجل لآخر زوجني بنتك ، فقال قد زوجتها من فلان ، قبل هذا ، فكذبه الخاطب ، فقال ان لم كن زوجتها من فلان ، فقد زوجتها منك ، وقبل لآخر ، فظهر كذبه ، يتعقد هذا ، إذ التعليق بشرط كائن تحقيق ، ألا ترى أنه لو قال لزوجته أنت طالق ان كانت السماء فوقنا ، والارض تحتنا ، تطلق للحال ؟ (جامع القسولين) . وإن كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلا أو عادة كان العقد باطلا ، إذ المستحيل لا يمكن وجوده . والالم يكن مستحيلا . وهذا خلاف الفرض . والمربتب

وجوده . على وجود مالا يمكن وجوده يستحيل أيضاً أن يتحقق وجوده . وإذا يكون غرض المتكلم بتلك الصيغة هو إيدان المخاطب باستحالة الامر بضرب من ضرورب التوكيد

أما إذا كان المعلق عليه على خطر الوجود . أى يجوز أن يوجد في المستقبل ويجوز ألا يوجد . فهذا هو التعليق المراد . وفيه لا يوجد العقد ولا يترتب عليه حكمه الا بعد وجود المعلق عليه . فلو قال لعبد اذا شفيت من مرضي فأنت حر ، فالعبد لا يصير حراً الا اذا وجد شفاء سيده من مرضه . وكذا لو قال لزوجته . أنت طالق ان كلمت فلانا . لا تطلق الا بعد أن تكلم فلانا المذكور . وهنا يجب التنبيه الى ثلاثة أمور :

(الاول) الفرق بين الاضافة والتعليق . وحاصله أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم . فان نحو ( أنت طالق ان كلمت فلانا ) منع انعقاده سبباً للحال . وجعله متأخراً الى وجود الشرط . فعند وجوده ينعقد سبباً مفضياً الى حكمه . وهو الطلاق . وأما الإيجاب المضاف مثل ( أنت طالق غدا ) فانه ينعقد سبباً للحال لا تنفاه التعليق المانع من انعقاد السببية . لكن يتأخر حكمه الى الوقت المضاف اليه . فالإضافة لا تخرجه عن السببية . بل تؤخر حكمه . بخلاف التعليق .

(التاني) حقيقة التعليق عند كل من الامامين الشافعي وأبي حنيفة :

ذهب الشافعي الى أن المعلق يكون علة في الحال ، لكن يترأخي

الحكم الى وجود الشرط المعلق عليه ، وذهب أبو حنيفة إلى أن المعلق لا ينعقد علة إلا عند وجود الشرط وأما قبل ذلك فهو علة اسما فقط من حيث اضافة العقد اليه بدون أن يكون له أى تأثير قبل وجود الشرط . فذهب الشافعى فى العقد للمعلق كذهب أبى حنيفة فى العقد المضاف ، من حيث انعقاد كل منهما سببا فى الحال مع تأخير الحكم الى وجود الشرط فى المعلق عند الشافعى ، ومجىء الوقت عند أصحابنا وعنده فى المضاف . وصورة ذلك أن يقول شخص ( مثلا ) ان ملككت فلانا العبد فهو حر وان تزوجت فلانة فهي طالق .

قال الشافعى ان علة العتق وهي قوله « هو حر » وعلة الطلاق وهي قوله « هي طالق » ، موجودة الآن ، ومتى وجدت العلة وجب أن تؤثر فى محلها ليترب على ذلك حكمها ، لكن فى صورة التعليق على الشرط ، وجد دليل على تراخى الحكم حتى يوجد الشرط ، فان وجد ، وجد الحكم منذ وجوده ، والا بطل عمل العلة لعدم الشرط وأما تأثير العلة فلم يقد دليل على زواله ، وعدم وجوده عند وجودها ، وإذا فهو باق معها وموجود بوجودها ، والتأثير لا يبدله من محل قابل وقت وجود العلة ، والا كان الكلام عبثا ولنفا ، وفى المثالبين السابقين لم يوجد المحل وقت وجود التعليق ، فبلغوا ، وعلى هذا اذا اشترى العبد بعد ذلك فلا يمتق ، وإذا تزوج المرأة فلا تطلق ، وهذا بخلاف ما لو كان العبد ملكه ، والمرأة زوجته وقت التعليق ، وقد علق العتق والطلاق على شرط غير الملك والزواج ثم وجد المعلق عليه ، فان العبد يمتق والمرأة تطلق ، وذلك لوجود المحلية وقت التعليق وهو وقت عمل العلة



وتأثيرها ، لكن الحكم تراخى الى وجود الشرط ، نزولا على حكم الشرط .

ويقول الشافعى ان الكلام المعلق عبارة عن جملتين ارتبطتا بأداة الشرط ، الجملة الأولى « أنت طالق » ، والثانية « تزوجتك » أو « كنت فلانا » ، وأداة الشرط هي ان أو ما في حكمها . والجملة الأولى وهي أنت طالق علة تعمل عملها على الاطلاق ، لكن لما ارتبطت بها الجملة الثانية بأداة الشرط منعت ترتب الحكم عليها في الحال . ونظير هذا خيار الشرط في البيع ، اذ لولاه لترتب على البيع حكمه في الحال لكن تراخى الحكم لوجوده بنص الشارع نفسه ، وللحاجة الى التروى والاستشارة ، ولا بد من وجود المبيع عند البيع والا خلا العقد من محله فيكون ييما باطلا ، كذلك الحال في العلة المعلقة على شرط تراخى فيها الحكم فقط ، ولا بد من وجود المحل عند وجودها .

وقال أبو حنيفة ان الحاجة الى عمل العلة انما تكون عند وجود الشرط : فاذا وجد الشرط تحقق وجود المحل في مثل ان ملكت فلانا فهو حر . وان تزوجت فلانة فهي طالق . فتعمل العلة عملها في ذلك الوقت . وأما ان كانت المحلية موجودة عند وجود التعليق . وكان التعليق على الشرط غير الملك والزواج . فالظاهر أن المحل يكون موجودا عند وجود الشرط بحكم الاستصحاب ولذا يصح التعليق . فان صادفت العلة وجود المحل عند وجود الشرط عملت عملها والا بطل التعليق أما اذا لم يكن المحل موجودا عند وجود التعليق وكان التعليق على غير السبب من ملك وزواج فان التعليق يكون باطلا فلا يرتب عليه شئ حتى

لو وجد الشرط المعلق عليه وعلى ذلك اذا قال لامرأة هي غير زوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق . ثم تزوجها فكلمت فلانا فلا تطلق بالاجماع . وذلك لانعدام المحلية وقت التعليق ولعدم تحقق وجودها عند وجود الشرط . وان كانت قد توجد بطريق المصادفة والاتفاق

واذا قال لزوجته ان كلمت فلانا فأنت طالق ثم كلمته والمحلية قائمة وقت كلامها اياه وقع الطلاق بالاجماع . فان لم تكن المحلية موجودة وقت وجود الشرط بطل التعليق بالاجماع . وإذا قال ان تزوجت فلانة فمضى طالق ثم تزوجها فعلى قول أبي حنيفة واصحابه تطلق لتحقق المحلية عند وجود الشرط حتماً ، وقال الشافعي لا تطلق لعدم المحلية وقت التعليق ويقول أبو حنيفة ان الكلام المعلق هو جملة واحدة كالبدء والخبر فالتكلم به يريد أن يكون وجود العلة حقيقية وتأثيرها عند وجود الشرط ، وأما قبله فلا ويقول ان القياس على خيار الشرط لا يجوز لانه جاء مخالفاً للاصل ، اذ طبيعة العقد تقتضى أن يرتب عليه حكمه في الحال اذ العلول لا يتخلف عن علته ، لسكتنا نزولاً على حكم الشارع قلنا بخيار الشرط اتباعاً للنص ، على أن الملل الشرعية هي علل جمالية لا حقيقية . ان شاء الشارع رتب عليها معلولاتها في الحال . وان شاء جعلها مترادية . وآتينا بذلك ، وكل ما لم يرد فيه نص فانه يبقى على الاصل فيمقبب العلول علته متى وجدت كاملة اسماً ومعنى وحكماً (١) والحاصل أن نصوص الشارع يجب العمل بها متى ثبتت . وعند علم النص يكون للاجتهاد مجاله . ونظير ذلك عندنا

---

(١) اي اعيف الحكم اليها وكانت مؤثرة فيه واعنيها الحكم في الحال

الآن تسجيل العقود النافذة للملك فان عدم التسجيل يجعل الحكم متراجعا حتى يسجل العقد بشروطه .

الثالث - في بيان الفرق بين تعليق العقد على شرط ، واقتران العقد بالشرط :

تعليق العقد على شرط قد تقدم تعريفه ، وأما اقتارانه بالشرط فهو أن يزداد على العقد شرط فيه فائدة لأحد العاقدين أو لغيرهما ، وبالجملة يكون فيه أمر زائد على ما يقتضيه العقد ، وقد يكون الشرط من ملامات العقد أو مقتضياته ، على ماسياتي موضحا .

#### تقسيم العقود

من حيث تعليقها وإضافتها

وما يصح من ذلك وما لا يصح

تنقسم العقود من حيث التعليق بالشرط الى ثلاثة أقسام :

( الأول ) ما لا يصح تعليقه بالشرط مطلقا ، وهو يشمل ما يأتي :

( ١ ) كل مبادلة مال بمال ، كالبيع والشراء والايجار والاستجار

والمزارعة والمساقاة والقسمة والصلح على مال . وكذا اجازة هذه العقود .

غير أنه استثنى من تعليق البيع صورة واحدة ، وهي أن يقول بعث هذا

منك بكذا ان رضى فلان ، فانه يجوز ان وقته بمدة معينة ، وذلك

لانه اشراط الخيار الى أجنبي ، ( أى غير العاقدين وهو جائز )

وماك الأمثلة

بعتك دارى ان باع لى فلان داره .

أجرتك دارى الفلانية بكذا ان قدم فلان من السفر ولم يستأجرها  
بأكثر من ذلك ، استأجرت منك دارك ببنى سويف ان نقلتني الحكومة  
اليها . زارعتك أو ساقيتك ان لم يؤجر فلان لى أرضه فى هذا العام .  
قامتلك الدار التى بيننا ان جاء أبى من السفر ورضى بذلك . صالحتك  
على مبلغ كذا ان ربحت الدعوى التى أفتتها على فلان . أجزت بيع  
فلان دارى الفلانية ، ان لم يحضر لها مشتر آخر فى أثناء هذه السنة .  
(ب) كل ما كان مبادلة مال بغير مال كالزواج والخلع على مال  
أمثلة :

تزوجتك ان رضى أبى . خالعتك على كذا ان رضى أبوك .  
( ج ) التبرعات كالحبة والقرض . أمثلة :

وهبت لك دارى ان نجحت فى الامتحان . إذا بعته لى دارك بألف  
جنيه أقرصتك ألف جنيه أخرى .

( د ) التقيدات ، كعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له  
بالتجارة . أمثلة :

ان قدم فلان فقد عزلتك ان جاء وكيلى فقد حجرت عليك .  
( هـ ) الرهن والاقالة . أمثلة :

رهنتك دارى ان اشتريت دار فلان . اذا قال البائع للمشتري بعمد  
ان تم البيع بينهما ولزم ، انك اشتريت دارى ( مثلا ) رخيصة ، فقال  
له المشتري ان وجدت مشترى بالزيادة فبيع له ، فوجد فباع بأزيد لا يصح  
البيع الثانى لعدم صحة الاقالة

( ثنبيه ) فى العقود المتقدمة فى مبادلة المال بالمال اذا كان المعلق

عليه موجودا وقت التعليق صحت كلها وكانت عقودا منجزة كما قدمنا .  
وقد عللوا عدم صحة التعليق في العقود السالفة بأن في التعليق معنى  
القمار ، لأنه يجوز أن يوجد المعلق عليه ويجوز ألا يوجد ، فصوصنا  
لأموال الناس من الضياع إذا دفع البديل كله أو بعضه وقت التعليق  
وقبل وجود الشرط ، ومنعنا تعطيلهم عن النظر الى شيء آخر حتى  
يوجد الشرط ، ولا يدرى هل يوجد أولا ، وإذا وجد فتي يوجد ،  
أولا ، وإذا وجد فتي يوجد . فلاجل هذا كانت محظورة .

( تنبيه ) تعليق التبرعات وان لم يكن جائزا عند أبي حنيفة  
وأصحابه هو جائز عند مالك وذلك لا تنفاه معنى القمار .

( القسم الثاني ) ما يصح تعليقه بالشرط للملائم فقط ، وهو ينظم  
الكفالة والحوالة والاطلاقات كالأذن للصبي بالتجارة . أمثلة :

ان استحق المبيع فأنا ضامن للتمن . ان لم يؤد فلان مالك من  
الدين عليه الى ستة أشهر ( مثلا ) فأنا أؤديه عنه . متى ثبت لي قدرتك  
على البيع والشراء أذنت لك بالتجارة .

( القسم الثالث ) ما يصح تعليقه بالشرط مطلقا ، ويشمل  
ما يأتي :

( ١ ) الاسقاطات المحضة ، كالطلاق والعتاق وتسليم الشفعة بعد  
وجوبها . أمثلة :

ان كنت فلانا فأنت طالق . ان عاد أخي من السفر فأنت حر .  
ان كان الذي اشترى الدار هو فلان لنفسه فقد سلمت الشفعة .

(ب) الالتزامات التي يحلف بها (١)، كالحج والصلاة والصوم والصدقة ، أمثلة :

ان عوفيت من مرضى فله على أن أحج هذا العام ، أو أصلي مائة ركعة ، أو أصوم ثلاثة أيام (مثلا) . أو أتصدق على الفقراء بكذا .

(ج) الوكالة والايضاء والوصية . أمثلة :  
ان حصل كذا فأنت وكيل أو وصي أو أوصيت لك بكذا .  
مايصح اضافته الى المستقبل ومالا يصح  
(١) مالا يمكن تمليكك في الحال ، وما كان من الاسقاطات ،  
والاطلاقات ، والالتزامات ، يصح اضافته الى الزمن المستقبل . وذلك  
كالاجارة وفسخها ، والمزارعة ، والمساقاة ، والمضاربة ، والوكالة ،  
والكفالة ، والايضاء ، والوصية ، والفضاء والامارة ، والطلاق ،  
والعتاق ، والوقف ، والعارية ، والاذن في التجارة للصبي :

فالاجارة وفسخها والعارية والمزارعة والمساقاة والايضاء والوصية  
لا يمكن التملك فيها في الحال ، لأن الاجارة تملك النافع وهي تتجدد  
شيئا فشيئا ، ومثلها العارية ، وذلك لا يتصور وجوده في الحال ، وفسخ  
الاجارة تابع للاجارة ، والمزارعة ، والمساقاة جملتا في حكم الاجارة ،  
والايضاء الوصية لا يكون لها حكم الا ببدل للوت ، والمضاربة والوكالة  
من الاطلاقات ، والطلاق والعتاق من الاسقاطات ، أو من الاطلاقات ،

---

(١) أى تكون كالمين بالله من حيث تقوية عزم الحالف على ما حلف عليه من فعل أو ترك .

والوقف اسقاط ، والسكفالة التزام ، والقضاء والامارة اطلاق  
وتفويض .

(ب) وما يمكن تمليكه في الحال لاتصح اضافته الى الزمان  
المستقبل ، كما لا يصح تعليقه ، وذلك كالبيع واجازته وفسخه والقسمة  
والشركة والهبة وعقد النكاح والصلح عن مال والبراء من الدين .  
وهذا القدر يكفي هنا . وليراجع جامع الفصولين والدرر ورد المختار  
والتبيين والبحر .

الأدوار التي يمر بها العقد

وبيان أحواله في كل أدواره

قد يمر العقد بمدة أدوار ، وقد يخرج سليماً أو معيباً . وهك جملة  
القول في ذلك :

إذا وجد الإيجاب والقبول ، ولكن لم يتواردا على محل واحد ،  
فلا يوجد عقد ولا انعقاد أصلاً ؛ كأن يقول شخص لآخر بعتك داري  
التي بالاسكندرية بمبلغ ألف جنيه ، فيقول الآخر اشتريت أرضك  
التي في الزمالك بثلاثة آلاف جنيه . وكأن يقول رجل لآخر  
زوجتك ابنتي فاطمة الكبرى فيقول الآخر قبلت زواج ابنتك  
عائشة الصغرى .

فإذا وافق القبول الإيجاب ؛ ولو ضمناً (كما تقدم) فقد وجد العقد  
والانعقاد ؛ وهذا هو الدور الأول للعقد . فإن لم يكن المحل قابلاً للحكم  
العقد كبيع المسجد أو القلاع والحصون أو الشوارع العامة ، أو كان  
العقدان أو أحدهما غير أهل للعقد ؛ فإن العقد يكون باطلاً لا يترتب

عليه حكمة . ويكون كأن الإيجاب والقبول لم يوجد ، أما لعدم صلاحية المحل فإن العلة تكون ضائعة لأعمالها ، أو لعدم اعتبار الإيجاب أو القبول لصدوره ممن ليس أهلا كالمجنون والصبي غير المميز مطلقا ، وكعدم البلوغ والحرية في التبرعات والاستقطاعات .

فإذا كان المحل صالحا لحكم العقد ، وأهلية العاقدین متحققة لكن وجد خلل في الشروط الأخرى ، كان العقد فاسدا ، كالبيع مع جهالة الثمن ، أو جهالة الأجل ، أو مع عدم الرضا .

فإن ساءت أركانه وصفاته جميعا كان صحيحا . وبعد ذلك ان كان صادرا من مالك أهل للاستقلال بصدوره كالحرة البالغة العاقل ، أو من غير مالك لكن له ولاية إصداره كالولي والوصى والوكيل كان نافذا . وإن كان صادرا من مالك غير أهل للاستقلال بصدوره كالصبي المميز في عقود المعاوضات أو صادرا من غير ذي ولاية شرعية ، كالفصولي . كان صحيحا موقوفا ، فتلحقه الاجازة ممن يملكها من ولي أو وصى أو من الصبي بعد بلوغه ، أو من مالك هو أهل للاستقلال بصدور العقد . ولا تلحق الاجازة الا العقد الصحيح الموقوف وأما الباطل والفاقد فلا تلحقها الاجازة بحال .

والعقد الصحيح النافذ ترتب عليه آثاره في الحال ، وأما الصحيح الموقوف فإن حكمه يترأخى الى وقت الاجازة ، فإن أجزأ اجازة معتبرة شرعا ترتب عليه آثاره من وقت انعقاده ، أى يكون الحكم فيه مستندا ، أى له أثر رجعى فيثبت من مبدأ وجود العقد ، ولو طال الزمن بينه وبين الاجازة ، متى كانت الاجازة مستوفية شرائطها .



وبعد نفاذ العقد يكون اما غير لازم من الطرفين كعقد الوكالة ، أو لازما من الطرفين كعقد البيع ، أو لازما بالنسبة لأحد العاقدين كعقد الرهن فهو لازم بالنسبة للراهن المدين ، وليس بلازم بالنسبة للمرتهن الدائن . وللعاقد الذى لم يلزم العقد بالنسبة له أن يستبد بفسخه ، ما لم يتعلق به حق الغير كما فى بعض صور الوكالة ، وأما العاقد الذى لزم العقد بالنسبة له فلا يستقل بفسخه إلا اذا كان اختيار ثابتا له بالشرط أو بحكم الشرع كـ خيار الرؤية وخيار العيب . ومن جهة أخرى قد يكون العقد باتا أى قطعيا ، وقد يكون غير قطعى كبيع الوفاء على رأى من يقول بجوازه

والحاصل :

أن العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتا ووصفا ، والمراد بمشروعية ذاته أن يكون ركنه صادرا من أهله ، مضافا الى محل قابل لحكمه ، والمراد بمشروعية أوصافه أن تكون أوصافه صحيحة سالمة من الخلل وألا يكون مقرونا بشرط من الشروط المفسدة للعقد ، اذا كان من العقود التى تفسد بفساد الشرط كالبيع ونحوه .

والعقد الصحيح ينقسم الى قسمين : نافذ ، وموقوف ، وقد ذكرنا آفا حكم كل منهما .

والعقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه ، أى أن يكون صحيحا باعتبار أصله لا خلل فى ركنه ولا عله ، لكنه فاسد باعتبار بعض أوصافه ، كأن يكون المقود عليه أو بدله مجهولا لجهالة فاحشة ، أو يكون مصحوبا بشرط يفسده ، أو من العقود التى

عنها لوصفها لا لذاتها كمعقود الفرر . وحكم العقد الفاسد أنه لا يفيد الملك في المعقود عليه ، الا بقيضه برضا صاحبه . والمبيع مضمون على المشتري الذي قبض المبيع في البيع الفاسد اذا هلك في يده بمثله أو قيمته .

والعقد الباطل هو ما ليس مشروعا لا بأصله ولا بوصفه ، أى ما كان في ركنه أو في محله خلل ، بأن يكون الإيجاب والقبول صادرين من ليس أهلا للعقد ، أو كان المحل غير قابل لحكم العقد ، على أنه يكفى لبطلان العقد وقوع الخلل في ركنه أو محله فقط ، سواء سلمت صفاته الخارجة أم لا . وحكم العقد الباطل أنه لا يتعقد أصلا ، ولا يفيد الملك في الأعيان المالية ، ولو بالقبض . وهل يضمن المبيع يما باطلا بللقبض ؟ قيل هو أمانة وقيل هو مضمون .

( تنبيه ) قد يحكم ببطلان العقد مع سلامة ركنه وصلاحيه محله ، لاعتبارات أخرى ، كما في الزواج بغير كفء على رواية الحسن ابن زياد ، وكنسكاح المحلل على ما هو القول الحق من أقوال الفقهاء فيه .

والذى قدمناه من تقسيم العقد الى صحيح وفاسد وباطل هو رأى فريق من الفقهاء . منهم أبو حنيفة وأصحابه . وفريق منهم يقسمه إلى صحيح وباطل فقط . وهالك جملة القول في ذلك .

كل عقد من العقود لا يخلو من احدى حالات ثلاث : ( الأولى ) أن تسلم أركانه وعمله وأوصافه . ( الثانى ) أن تسلم أركانه وعمله وتختل أوصافه فيما وراء ذلك ، كلها أو بعضها . ( الثالث ) ان تختل

أركانها أو محلها أو هما جميعا سواء سلت أو صافه أم اختلفت ، أيضا .  
ففى الحالة الأولى يكون للعقد ماهية شرعية موجودة متحققة بالاجماع  
وفى الحالة الثالثة ، لا يكون للعقد ماهية موجودة بالكلية ، إذ وجود  
الماهية انما يكون بوجود أجزائها كلها سالمة من أركان ومحل ،  
والمفروض فى هذه الحالة أن الأمر ليس كذلك . وأما الحالة الثانية  
فقد ألحقها أبو حنيفة ومن أخذ اخذه بالحالة الأولى ، وألحقها الامام  
أحمد ومن حذا حذوه بالحالة الثالثة . وجهة نظر أبي حنيفة ومن وافقه  
أن أصل الماهية يعنى الأركان والمحل سالم من الفساد والخلل لكن  
الصفات ليست سالمة ، فلو قلنا بصحة العقد مطلقا لساوينا بين الماهية  
السالمة فى ذاتها وصفاتها ، وبين الماهية المتضمنة للفساد فى صفاتها ،  
وذلك غير جائز ، فان التسوية بين مواطن الفساد ، وبين السالم عن  
الفساد ، باطلة عقلا وشرعا بالبداهة . فتعين حينئذ أن يقابل الأصل  
بالأصل ، والوصف بالوصف ؛ فنقول أصل الماهية سالم عن الفساد ؛  
والأصل فى التصرفات والمقود الصحة حتى يرد نهى وعلى هذا ثبتت  
لأصل الماهية الأصل الذى هو الصحة وينتج للوصف الذى هو الزيادة  
المتضمنة للفساد — أو أى وصف آخر مفسد — الوصف العارض  
وهو نهى الشارع فيفسد الوصف دون الأصل . فسبب فساد العقد  
والتصرف هو نهى الشارع عنه بنص خاص أو عام .

فان كان النهى متعلقا بذات المنهى عنه كبيع الخمر والخنزير فالعقد  
باطل لأن الخلل دخل على الأصل فأفسده فلم يكن للماهية العقد وجود  
شرعى ومثله تزوج الانسلن بزوجة غيره وهو عالم بأنها زوجة غيره

وتزوج المسلمة بغير المسلم . وإن كان النهي متعلقا بوصف النهي عنه كالتنهي عن بيع وشرط وكعدم تعيين الثمن أو الاجل في عقد البيع فالاصل سالم والفساد في الاوصاف بسبب نهى الشارع فيراعى في الحكم الامران جميعاً سلامة الاصل وفساد الوصف . ووجهة نظر الامام أحمد ومن قال بقوله أن الشارع اذا نهى عن أمر دل هذا النهي على فساد المنهى عنه سواء أ كان النهي لذات المنهى عنه أم لوصف ملازم له كما تقدم أم لوصف مجاور له كالتنهي عن البيع اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة وهذا مذهب أهل الظاهر أيضاً ونسبه ابن حزم إلى مالك أيضاً . وما احتج به لمذهب أبي حنيفة يرد عليه بأن الوصف اذا نهى عنه سرى النهي الى الموصوف لان الوصف لا وجود له مفارقاً للموصوف فيؤول الامر الى أن النهي يتسلط على الماهية الموصوفة بذلك الوصف فيتسلط النهي عليه . واذا لا يكون فرق بين الحالتين الثانية والثالثة ويكون العقد اما صحيحاً أو غير صحيح لا غير

وفي الهداية ما ملخصه ان المبيع يباع فاسداً بملكه المشتري اذا قبضه بأمر البائع أو كان حاضراً بمجلس العقد وقبضه بحضرة لوجود الاذن منه دلالة وقبل القبض لا يثبت للمشتري ملك في المبيع كيلا يؤدي هذا الى تقرير الفساد ولضعف السبب (وهو العقد) عن افادة الملك حتى اذا اعتضد بالقبض تقوى على افادة الحكم . ومع ذلك فلكل من المعادين فسخه رفاً للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد - كما اذا كان يرجع الى الثمن لقوة الفساد كما

إذا كان الثمن خرا أو خنزيرا ( في المقايضة ) وأن كان الفساد لشرط زائد فلن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد إلا أنه لم يتحقق الرضا في حق من له الشرط : لأنه لم يتعاقد إلا على هذا الشرط . فان باعه المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه فله التصرف فيه ؛ وحيثئذ يسقط حق استرداد البائع إياه لتعلق حق المشتري الثاني به ، ولم يكن السبب الداعي لنقض الأول إلا أنه حق الشرع ، لكن حق العبد عند معارضته لحق الله تعالى يقدم بأذن الله لغناه سبحانه وتعالى وسعة عفوه وجوده وفقر العبد واحتياجه . ولأن العقد الاول مشروع بأصله دون وصفه ؛ والعقد الثاني مشروع بأصله ووصفه ، فلا يعارضه مجرد الوصف ؛ ولأن البيع الثاني حصل بتسليط من جهة البائع ، وهذا بخلاف الدار المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ، ويستويان في المشروعية . ولأن تصرف المشتري لم يحصل بتسليط من الشفيع ، ولذا يكون للشفيع نقضه ، أهـ بإيضاح مع بعض زيادات من الفتح والعناية . وباقي أحكام البيع الفاسد هناك . وقال الشافعي ان المبيع يباع فاسدا لا بملكه المشتري بالقبض لأن البيع الفاسد منهي عنه ، وكل منهى عنه محظور وممنوع ، ولا ينبغي أن تنال النعمة - وهي هنا ملك المبيع - بالمحظور ، ولأن النهي نسخ للمشروعية : وذلك للتصاد بينهما ، إذ النهي يقتضي القبح والمشروعية تقتضي الحسن ؛ فبينهما منافاة ، فكيف يجتمعان ؟ وأجاب عن ذلك في الهداية بأن العقد الفاسد صدر من أهله في محله ، فوجب القول بانعقاده ، والنهي يقرر المشروعية ، لأنه اذا نهى عن عمل مشروع في الجملة كالنهي عن البيع في بعض صورده فهذا يقتضي أن البيع

النهى عنه متصور الوجود شرعا ، فنفس البيع مشروع وبه تنال النعمة  
وانما المحذور ما يجاوره من الوصف ، كالبيع وقت النداء لصلاة الجمعة  
فهو صحيح مكروه ، وكأن هذا الجواب لم يعجب صاحب الفتح  
فأجاب بجواب آخر ، فقال مالم خصه ، ما وضعه الشارع سببا لحكم اذا  
نهى عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع ، فقد رأينا من الشرع  
أنه أثبت حكمه وانعم . أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ، ونهى  
عنه في وضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا . ثم رأينا أنه أثبت  
حكم طلاق الحائض فأزال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة رفعا  
للعصمة بالقدر الممكن ، وأتم المطلق . فصار هذا أصلا في كل سبب  
شرعى نهى عن مباشرته على الوجه الفلانى ، اذا بوشر معه يثبت  
حكمه ومعنى به . وأما قول الشافعى ان النهى نسخ للمشروعية ان  
كان مراده به أنه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور فهو مسلم  
لكن لانسلم أنه لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضى للنهى كما في طلاق  
الحائض اذ أوقعه الشارع مع نهيه عن الطلاق في هذه الحالة وان كان  
مراده أنه لا يفيد حكمه فهذا هو محل النزاع اهـ .

أقول ماقاله صاحب الفتح ان جاز ان يصلح ردا على الشافعى لانه  
يقول بوقوع طلاق الحائض كما هو قول الجمهور لا يصح ردا على من  
لا يقول بذلك كالشيعة الامامية وابن حزم وابن تيمية وغيرهم وفي  
هذه المسألة كلام كثير جدا فليرجع اليه في فتح البارى ونيل الاوطار  
وكتب الامامية .

والحاصل أن أبا حنيفة وأصحابه اخترعوا تقسيما للمعقود

والتصرفات المنهى عنها فقسموها الى فاسدة وباطلة وجعلوا حكم الفاسد بين بين كما أسلفنا .

هذا وقد بالغ الامام أحمد ومثله ابن حزم في ابطال كل التصرفات والعقود والامور المشروعة التي نهى عنها الشارع في حالة خاصة ووقف بازامهما أبو حنيفة وأصحابه فلم يبطلوا الا ما كان النهى فيه لذات النهى عنه فأما ان كان النهى لوصفه فقالوا بفساده مع حرمة مباشرته وما كان النهى فيه لعنى مجاور قالوا بكراهته مع صحة أصله . والثاني قول الشافعي أيضا

### المبحث الثالث

#### حكم العقد أى الآثار المترتبة عليه

ينبأ فيما تقدم أن العقد ينقسم الى صحيح وغير صحيح، وأن غير الصحيح اما باطل أو فاسد - على المذهب الحنفى - والصحيح اما موقوف أو نافذ. وأن العقد المكرره لوصف مجاور هو صحيح أيضا ترتب عليه آثاره كاملة خلافا لابن حزم واحمد ومالك على المشهور من مذهبه والآن سنجمل القول فى حكم كل نوع من هذه الانواع

العقد الباطل

العقد الباطل من حيث هو عقد لا يترتب عليه أى التزام لأحد الطرفين على الآخر، وكذا لا يلزم به العاقد شئ، إذا كان كافيًا لوجوده شرعا لإرادة واحدة منفردة كالطلاق. ولكن يلاحظ فى عقد الزواج أنه قد يترتب عليه فى بعض صورته غير الصحيحة بعض الآثار كوجوب المهر والعدة وثبوت النسب. وذلك لأسباب أخرى.

فالمرء يجب لاجل الدخول وعدم الحد لشبهة العقد والعدة تجنب لعدم اختلاط الانساب والنسب يجب فى مثل التكاح بلا شهود لشبهة العقد ولأنه مختلف فيه (١). وبالجملة فالعقد الباطل فى ذاته لا ينتج أثره من حيث هو عقد. وكذا على القول بضمان المبيع اذا

---

(١) انظر خلاف مالك وعثمان البتّى فى الاكتفاء بالاعلان ( وهو خلاف مفيد ) فى فتح القدير وقد ذكرت خلاصته فى كتابى ( الاحول الشخصية ) المطبوع



هلك في يد المشتري في العقد الباطل قياساً على المقبوض على سوم الشراء  
ويقابل هذا القول قول آخر وهو أنه يهلك هلاك الأمانة ، والمسألة  
محل نظر .

#### العقد الفاسد

فاسد النكاح كباطله لأن النهي عنه يقتضي الحرمة وحكم النكاح  
الحل فيها متضادان . وهنا كلام كثير في هذه المسألة لا محل لايراده  
هنا وكل عقد فاسد لا يفيد حكماً قبل قبض العقود عليه (١) . كما في  
البيع ، مع وجوب الرد والفسخ إلا إذا طرأ مانع من الرد على ما أسلفنا  
غير أن الرهن الفاسد إذا أخذه المرتهن الدائن قبل الدين فإنه يكون  
لازماً لأن الدين إنما أعطى لأجله منعاً لضرر المرتهن مثال ذلك أن  
يكون الرهون حصّة شائعة من عقار

#### العقد الصحيح الموقوف

هو العقد الصادر عن فضولى ، أو الذى باشره المالك المميز غير  
البالغ من عقود المعاملات المالية وكل ما يدور بين النفع والضرر وهو  
يتوقف على اجازة المالك بعد بلوغه رشيداً أو على اجازة وليه كأيّـه  
أو وصيه بشرط ألا يكون فى العقد غبن فاحش بالصغير المميز العاقد  
ومن هو فى حكمه كملتوه المميز . فان تمنّت الولى أو الوصى وكان نفاذ  
العقد فى مصلحة من عقده قام القاضى مقام المتعنّت وأجاز العقد منعاً

---

(١) التبض فى كل عقد بحسبه ففى البيع يكون يتسلم العين المبيعة وفى الاجارة  
يتسلم العين المستأجرة والانتفاع بها بانّ المؤجر وفى النكاح بالخول بالمعقود  
عليها ، وهكذا .

للظلم عنه . وهنا كلام كثير وخلاف بين الفقهاء في حكم تصرفات  
الفضولى رأيت ارجاء للطبعة الثانية وهو فى كتابناه التصرف بطريق  
التيابة عن الغير ،  
العقد النافذ

هو الذى صدر عن مالك تام الاهلية غير محجور عليه أو صدر  
عن ولى على المال كالأب والجد والوصى أو عن وكيل عن المالك أو  
عن ولى المال ، وكان العقد مستوفيا كل شروطه الشرعية . وكذلك  
العقد الموقوف الذى أجزى اجازة معتبرة من المالك أو الولى أو الوصى  
أو القاضى .

وهذا العقد ترتب عليه كل آثاره الشرعية على وفق ما يتفق  
عليه العاقدان ويجيزه الشرع  
والعقد بعد نفاذه قد يكون لازما أو غير لازم ، وهالك جملة القول  
فى ذلك .

تقسيم العقد النافذ الى لازم وغير لازم  
من العقود ما يكون لازما فلا يملك أحد العاقدين فسخه على  
انفراده كالبيع والاجارة بل لابد من رضا العاقد الآخر . والفسخ يكون  
بالاقالة ويشترط لذلك الإيجاب والقبول كعقد البيع وأن يكون  
المبيع قائما عند المشتري على حاله وقت الاقالة . والاجارة تفسخ بالاغذار  
أيضا . ومن العقود ما لا يقبل الفسخ كالزواج الا فى حالات خاصة  
كخيار البلوغ على ما بين فى موضعه ( انظر كتابنا الاحوال الشخصية  
المطبوع سنة ١٩٢٥ ) وأما الطلاق فهو رفع لقيد التكاح فى المستقبل

حق المرتهن الدائن به

للمقد من أصله كما أسلفنا

## الخيارات

غير ان في العقود اللازمة قد يثبت الخيار لأحد العاقدين أو لكل

منهما وإذا يتمكن من له الخيار من امضاء العقد ومن فسخه وهالك  
جلة القول في ذلك

الخيارات جمع خيار ، وهو اسم من الاختيار ، والمراد به هنا هو  
اختيار امضاء العقد أو فسخه . وتنقسم الخيارات الى قسمين : قسم  
يثبت بالشرط ، ويقال له خيار الشرط ، أى الخيار الذى سببه الشرط  
وقسم يثبت بسبب آخر ، والأسباب متعددة . وسنذكر كل هؤلاء  
هنا تباعا ، على حسب ما يقتضيه المقام

خيار الشرط : ما يشترط فى صلب العقد أو بعده لأحد العاقلين  
أو كليهما من امضاء العقد أو فسخه ، وهو من اضافة الشيء الى سببه  
والعقود بالنسبة لخيار الشرط تنقسم أولا الى قسمين : (الاول)  
ما لا يحتمل الفسخ كالزواج والطلاق والعق . (والثانى) ما يحتمل كالبيع  
والوكالة . أما الاول فلا يدخله خيار الشرط ، وأما الثانى فان كان عقدا  
غير لازم فكذلك ، لعدم الفائدة ، وهذا كالكوالة ، اذ لكل من الموكل  
والوكيل أن يفسخ هذا العقد بدون توقف على رضا صاحبه ، الا فى  
بعض أحوال استثنائية بسبب عارض ، أما الوكالة فى نفسها ، وبحسب  
وضعها الاصلى فهى عقد غير لازم لكل من الطرفين . وان كان عقدا  
لازما كالبيع والاجارة والمصلح عن مال والمزارة فهذا هو الذى  
يصح فيه خيار الشرط ويكون له فائدة وهى تمكين من له الخيار من  
فسخ العقد بسبب هذا الشرط .

والاصل فيه أن حبان بن منقذ الانصارى كان يبن فى البياعات  
بسبب ضربة سيف أصابت رأسه فتقل بذلك نطقه ، وضعف ادراكه

وتميزه ضعفا ما ، فقال له رسول الله ﷺ : ( اذا بايعت فقل لا خلاية  
 ولى الخيار ثلاثة أيام ) . والخلاية هي الخداع . وعلى هذا القدر من المدة  
 اقتصر أبو حنيفة وقوفا عند حد النص ، ومحتجا بان خيار الشرط مخالف  
 لمقتضى العقد اذ مقتضى العقد لزوم ، وشرط الخيار ينافيه ، فينبغى  
 أن يفسد العقد ، ولكن وجب علينا ان نصحح العقد ، عملا بالنص ،  
 واذا لا ينبغى أن تتجاوز المدة التى جاءت فى النص . وقال صاحبان  
 يجوز الخيار الى أى مدة يسميها العاقدان ويتفقان عليها : لأن الحاجة  
 تدعو الى ذلك أحيانا ، وقد روى عن ابن عمر أنه أبجاز الخيار الى  
 شهرين . أما اذا كانت المدة مجهولة فإن العقد يفسد لما فى ذلك  
 من الضرر

وجوز ان يكون الخيار لكل واحد من المتعاقدين أو لأحدهما  
 أو لأجنبى نيابة عن أحدهما ؛ فاذا جعل الخيار لكل منهما فلا يخرج  
 البدلان من ملكهما فى عقود المعاوضات المالية ؛ وان جعل الخيار  
 لأحدهما فلا يخرج ماله من ملكه ، وأما مال الآخر فعلى قول الامام  
 لا يدخل فى ملك من له الخيار كالمبيع لا يدخل فى ملك المشتري إذا كان  
 الخيار له وحده . بل يكون موقوفا وأما على قول صاحبين فإنه يدخل  
 فى ملك من له الخيار كالمبيع يدخل فى ملك المشتري فى الصورة المتقدمة  
 استدلالا على قولهما بأنه اذا كان الخيار للمشتري وليس للبائع خيار فإن  
 المبيع يخرج من يد البائع اذ المفروض أنه لا خيار له فاذا لم يدخل فى ملك  
 المشتري يكون كالسائبة بسبب زواله عن ملكه الاصلى . لا الى

مالك. وهذا لا عهد لنا به في الشرع فوجب إذا أن يدخل في ملك المشتري .  
ورد على ذلك أبو حنيفة بأنه يترتب على ما ذهبنا إليه اجتماع البدلين  
( الثمن والمبيع ) في ملك واحد وهو ملك المشتري وهذا لا عهد لنا به في  
الشرع وبأن المبيع ربما كان رهما محرما للمشتري . وقد اشتراه واشترط  
لنفسه الخيار فلو قلنا بدخوله في ملكه لعق عليه ولم يكن لاشتراطه  
الخيار لنفسه فائدة وإذا يكون المبيع موقوفا في مدة الخيار بين المتعاقدين  
فإذا أجاز المشتري العقد ثبت له ملك المبيع من وقت العقد وإذا فسخه  
رجع الى البائع . فهو ليس في حكم السائبة لأنه بينهما لا يعدوهما  
وإذا كان الخيار لهما فأجاز أحدهما العقد سقط خياره وبقي خيار  
الآخر حتى يمضي العقد أو يفسخه . أو تمضي المدة فيسقط الخيار بمضيها  
والمقد يفسخ إذا فسخه من له الخيار قولاً أو فعلاً في المدة المعينة له .  
ويشترط علم الآخر في الفسخ القول لا الفعل . وقيل لا يشترط العلم  
لأن حق الفسخ ثابت بشرط الخيار والمراد بالفسخ القول أن يقول  
من له الخيار فسخت العقد ونحو ذلك . والفعل أن يتصرف البائع في  
المبيع ببيع ونحوه فبذلك يوجد الفسخ حكماً . ولذا اتفقوا على جوازه .  
ولو مع عدم علم المشتري بذلك ( وفي المسألة بحث طويل )  
ويتم العقد ويلزم إذا أجاز من له الخيار قولاً أو فعلاً في المدة  
المعينة ومثال الفعل أن يبيع المشتري المبيع . إذا كان الخيار له . أو يبنى  
في الأرض المبيعة ونحو ذلك مما يدل على رضاه بالمقد  
وإذا مات من له الخيار في أثناء المدة بدون أن يفسخ العقد فإن  
المقد يتم ويلزم بموته . ولا ينتقل الخيار الى وارثه . وقال الشافعي

ورث عنه ، لأنه حق لازم ثابت في الموقود عليه . فيجربى فيه الأثر كما فى خيار العيب وخيار التعمين . وأجيب عن هذا بأن الخيار ليس الا مجرد مشيئة واردة . ولا يتصور انتقال ذلك من شخص الى شخص آخر . والارث لا يكون الا فيما يقبل الانتقال وهذا بخلاف خيار العيب لأن المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث الذى يخلفه . وأما الخيار نفسه فلا يورث . وخيار التعمين يثبت للوارث ابتداء لا اختلاط ملكه الذى انتقل اليه بالارث بملك الغير : وليس المعنى أنه ورث الخيار عن مورثه .

### خيار الرؤية

هو من اضافة الشئ الى سببه أيضا ، أى الخيار الذى سببه الرؤية والأصل فيه حديث « من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه » ولأن تعريف المبيع بأوصافه وان كان نافيا للجهالة الا أن رؤيته تفيد علما فوق ما يفيد وصفه فاشتطت الرؤية ليتم بها الرضا الذى هو شرط أساسى فى البيع . وقس على البيع مماثله من عقود المعاوضات المالية لانحداد الجميع فى معنى واحد ، وعلى هذا يثبت خيار الرؤية من غير شرط فى اربعة مواضع : ( الأول ) شراء الأعيان التى يلزم تمييزها ولا تثبت ديناً فى الذمة ، فلا يثبت خيار الرؤية فى عقد السلم ، ( الثانى ) الاجارة . ( الثالث ) قسمة غير التثليات . ( الرابع ) الصلح عن مال على شئ معين ، فمن اشترى شيئا لم يره من الأعيان المذكورة ، أو أستاجر شيئا لم يره ، أو قلم شريكه قسمة تراض مالا مشتركا من القيميات المتحدة أو المختلفة الجنس ، أو صالح عن دعوى مال معين على شئ معين

لم يره، فهو بالخيار في هذه الصور كلها عند رؤية المبيع أو المستأجر أو الحصة التي أصابته في القسمة . أو بدل الصلح، فإن شاء قبل وأمضى العقد وإن شاء فسخه وتقضى القسمة . وله حق الفسخ والرّد قبل الرؤية وبعدها، فأما ثبوت حق الفسخ قبل الرؤية فلا نالعقد غير لازم قبلها وأما بعدها فبسببه الرؤية عملا بالحديث، وقيل لاحق له في الفسخ قبل الرؤية فيلسا على الاجازة، لأنها لا تكون الا بمسد الرؤية قولاً واحداً، اذ الشيء لا يجوز أن يسبق في الوجود وجود سببه، غير أنه اذا وجد ما يبطل الفسخ قبل الرؤية أو بعدها أو يدل على الرضا بعد الرؤية كان العقد لازماً لاخيار فيه، والذي يبطل خيار الرؤية هو تصرف من له الخيار في العين تصرفاً لا يحتمل الفسخ كالاتفاق، أو يوجب حقاً للغير كالرهن والاجارة، سواء أكان هذا قبل الرؤية أم بعدها، فإن تصرف تصرفاً لا يوجب حقاً للغير كالبيع بخيار البائع وكالهبة بدون التسليم فإن الخيار يبطل اذا كان هذا التصرف بعد الرؤية لدلالته على الرضا، أما اذا كان قبلها فلا يسقط الخيار لأنه إنما ثبت بنفس الرؤية فلا يوجد الا بوجودها، واذا لا يسقط قبلها، لأنه يسقط قبل وجوده، وهذا باطل .

وخيار الرؤية غير مؤقت، بل هو باق حتى يوجد ما يبطله، وقيل انه مؤقت بوقت امكان الفسخ بعد الرؤية، حتى لو وقع بصره عليه ولم يفسخ سقط حقه في الفسخ، لكن الأصح هو القول الأول .  
والمراد بالرؤية ادراك الشيء بالحوس فقد تكون بالبصر أو بالنزق أو الشم أو الجس، وهكذا من كل ما يفيد علماً بطريق الحس والمشاهدة



والادراك المادى فى كل شىء بحسبه ، واذا كان من له خيار الرؤية أعمى فان المبيع ونحوه يوصف له ، وفى هذا الكفاية : لأن الادراك بالوصف فى المريتات أقصى ما يصل اليه علم الأعمى . أما غير المريتات من المذوقات والشمومات ونحوها فانه يجوز أن يدركه بنفسه بعد التحقق من أن المبيع هو ما يشمه أو يذوقه أو يحسه . ومذهب الشافعى فى هذا هو أن يوكل الأعمى غيره فى رؤية المبيع ونحوه .

وقد كان أبو حنيفة يقول أولا بثبوت الخيار للبائع كما هو ثابت للمشتري . ويقس خيار الرؤية على خيار الشرط . وقد يكون البائع قد باع ما لم يره ، لكنه ترك هذا القول عملا بالحديث لأن الرؤية متعلقة بالشراء ، ولأن المبيع كان عند البائع وفى ملكه قبل البيع ، فكان يمكنه أن يراه .

وخيار الرؤية لا يورث لأنه مجرد ارادة ومشئة كخيار الشرط ( خيار العيب ) : هو أيضا من اضافة الشىء إلى سببه أى الخيار الذى سببه العيب . وخيار العيب يثبت به حق الفسخ من غير اشتراط فى العقد ، وعمله عقود المعاوضات المالية . فمن عقد عقد شراء أو اجارة أو اقتسم مع شريكه مالا مشتركا أو صالح عن دعوى مال على مال معين فله فسخ العقد ونقض القسمة بخيار العيب إذا وجد فيما اشتراه أو استأجره أو أخذه بدل صلح ، أو وجد فى الحصص التى أصابته فى القسمة عيبا قديما - بمعنى ان ذلك العيب كان موجودا قبل أن يتسلم العقود عليه . ولو كان حدوثه بعد العقد وقبل التسليم - ولم يكن علما به ، ولم يرد منه ما يدل على الرضا به بعد اطلاعه ، أو لم

يشترط عليه العاقد الآخر أنه يرى من كل عيب فيه . فإن وجد شيء من ذلك ( أى من رضاه بالعيب بعد اطلاعه عليه ، أو قبوله الشرط ) سقط خياره ولزمه العقد ، والحصة التي أصابته في القسمة .

وإنما ثبت خيار العيب لأن الأصل في المعقود عليه السلامة باتفاق الشرع والمقل . وعلى هذا تعامل الناس في كل زمان . ولا يبطل خيار العيب بموت من له الخيار ، بل يقوم وارثه مقامه في ذلك ، وذلك لأن المبيع ( مثلاً ) إذا كان معيباً فللمشتري رده وأخذ بدله سالماً ، فإذا مات قبل أن رد فالنسي انتقل إلى وارثه ليس هو ملكه بل ملك البائع . وأما ملكه هو فهو ما يلزم البائع أن يعطيه إياه بدل ذلك المبيع المعيب . وللوارث أن يطالب بكل ما هو مملوك لمورثه ، وعليه أن يرد ما ليس ملكاً له إلى مالكه ، هذا هو فقه المسألة .

ولا يدخل خيار العيب في الزواج إلا إذا وجدت المرأة زوجها عتيقاً أو محبوباً أو خصياً فإن لها طلب التفريق بينها وبين زوجها على ما هو مبين في موضعه . وأجاز محمد التفريق بسبب العيب إذا كان زوجها مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص ، فجعل لها خيار الفسخ بسبب العيب في هذه الأحوال ، لأنها لا تطيق المقام معه على هذه الحالة ، بل جاء في بعض الكتب المعتبرة كالزيلي والبدائع أن ذكر هذه الأشياء على سبيل التمثيل ، وإن كل عيب تنضرب به المرأة يجوز لها فسخ العقد . وللأئمة الثلاثة وغيرهم من الفقهاء الآخرين تفصيلات في التفريق بسبب العيب مبسطة في كتبهم . وقد ضبطت المسألة الامام ابن القيم ضبطاً حسناً فقال : كل عيب يكون بأحد الزوجين

ينفر الزوج الآخر منه ، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة والرحمة يوجب الخيار اهـ . ولم يكن التفريق بين الزوجين بسبب العيب معمولاً به في المحاكم الشرعية المصرية حتى جاء قانون سنة ١٩٢٠ فأجازه للمرأة دون الرجل ، وخيراً فعمل . وهاك نص المادة التاسعة منه : للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ، ولا يمكنها المقام معه إلا بصرر كالجنون والجدام والبرص ، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أم حدث بعد العقد ولم ترض به . فإن تزوجته عالة بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق اهـ والفرقة بالعيب طلاق بائن ( المادة الماثرة ) . ويستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها ( المادة الحادية عشرة ) .

ونتمياً للفائدة أذكر هنا خلاصة ما قاله ابن القيم رحمه الله فيما يتعلق بالخيار في الزواج نقلاً عن كتابي ( الاحوال الشخصية ) المطبوع سنة ١٩٢٥ قال ماملخصه كل واحد من الزوجين اما أن يشترط سلامة صاحبه من العيوب واما ألا يتعرض لهذا الشرط ، فإذا اشترط الزوج سلامة زوجته أو شرط جمالها فبانت شوهاه . أو شرطها شابة فبانت عجوزاً شططاً ، أو شرطها بيضاء فبانت سوداء ، أو شرطها بكرًا فبانت ثيباً . فله الفسخ في ذلك كله فإن كان من قبل الدخول فلا مهر لها ، وإن كان بعد فله المهر ، وهو غرم على وليها إن كان غره ، وإن كانت هي الغارة سقط مهرها إن لم تكن قبضته ، أو رجع عليها به إن كانت قبضته ،

نص على هذا احد في احدى الروايتين عنه ثم قال :  
والذى يقتضيه مذهب الامام احمد وقواعده أنه لا فرق بين  
اشترائه واشترائها ، بل اثبات الخيار لها اذا فات ما اشترطه أولى ؛  
لأنها لا تتمكن من المفارقة بالطلاق فاذا جازله الفسخ مع تمكنه من  
الفراق بغيره فلا ن يجوز لها الفسخ مع عدم تمكنها أولى ، واذا جاز  
لها الفسخ اذا ظهر الزوج ذا صناعة دينية لا تسوءه في دينه ولا في  
عرصه ، وانما تمتنع كمال لئسها واستمتاعها به ، فاذا اشترطته شابا جميلا  
صحيحا فبان شيخا مشوها أعنى أطرش أخرس أسود فكيف تازم  
به وتمتع من الفسخ ؟ هذا في غاية الامتناع والتناقض والبعد عن القياس  
وقواعد الشرع ، وكيف يمكن أحد الزوجين من الفسخ بقدر العدسة  
من البرص ، ولا يمكن منه بالجرب المستعجم المتمكن وهو أشد اعداء  
من البرص اليسير وكذلك غيره من الداء العضال

وانما أطلق كل منهما فلم يشترط شيئا في صاحبه فالقياس أن كل  
عيب ينفر الزوج منه ولا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة  
يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع . كما أن الشروط المشروطة في الزواج  
أولى بالوفاء من شروط البيع وغيره . بمقتضى نص الحديث الصحيح  
وما كره الله ورسوله مفرورا قط ولا مغفويا بما غر به ، وغبن به ومن  
تدبر مقاصد الشرع في مصادره وموارده وعدله وحكمته وما اشتمل  
عليه من المصالح لم يخف عليه رجحان هذا القول وقربه من قواعد  
الشريعة اهـ

وأقول ان الشريعة الاسلامية الحكيمة التي تأمر بالاحسان

ومكازم الاخلاق وتبحث على ذلك وترغب فيه أيمارغب تقضى - على ماأرى - بأن الرجل اذا وجد في امرأته عيبا ولم يكن ظاهرا بينا معروفا للناس ، وكان في اعلانه وطلب الفسخ بسببه اضرار بها وبسمعتها ، ولو من الوجهة الأدبية فقط الا يمكن من اجابة طلبه الفسخ بسبب هذا العيب الخفى - الذى يسجله عليها القضاء - بل يأمر وينصح بالستر عليها وصيانة سمعتها مما يلحق بها الأذى في اعز شيء لديها وهو نفسها ، نزولا على حكم المروءة ومكازم الاخلاق واذا لم يطق المقام معها فليسرحها باحسان ، وجزاؤه على الله . وليعلم أن خسارة المال ولو عظم قدره ومال الله غاد ورائح أهون من قتل النفس التى حرم الله قتلها فان القتل الادبي أشد وآلم للنفس من القتل الحسى المادى ، يدوم الاول وتتجدد آلامه فى كل آن وتيمنه الذكرى من مرقده واما الثانى فكما يوجد يزول ألمه وينتهى فليتنق الانسان القوى ربه في اخيه الانسان الضعيف . والحمد لله أن أخذ بهذا قانون المحاكم الشرعية سنة ١٩٢٠ واقتصر على التفريق بسبب عيوب الزوج كما اسلفنا وماأخذ به فى ذلك القانون هو ما اخترناه فى مشروع قانوننا سنة ١٩٢٧ راجع كتابنا الاحوال الشخصية المطبوع سنة ١٩٢٥

( خيار تفريق الصفقة ) : لو استحق بعض المبيع قبل قبضه بطل البيع فى قدر المستحق ، وبخير المشتري فى الباقي ، سواء أورث الاستحقاق عيبا فى الباقي أم لا ، وذلك لتفرق الصفقة قبل التام ، وكذلك لو استحق بعد قبض بعضه ، سواء استحق المقبوض أو غيره ، بخير المشتري كذلك للسبب المتقدم . ولو قبضه كله فاستحق بعضه

بطل البيع بقدره ، ثم لو أودت الاستحقاق عيباً فيما بقي بخير المشتري ، ولو لم يورث عيباً فيه : كما إذا كان المبيع ثوبين استحق أحدهما ، أو كان كيلياً أو وزنياً استحق بمضه ولا يضر تبعضه : فالمشتري يأخذ الباقي بلا خيار ، لعدم الضرر ويسمى هذا خيار الاستحقاق .

وكذا إذا هلك بعض المبيع قل القبض فإن المشتري يتخير في الباقي ، لتفرض الصفقة قبل التأم ، كما يتخير في الاستحقاق ، وفيما لو تعيب بعض المبيع قبل أن يقبضه . أما لو هلك بعد أن قبضه فهلاكه محسوب عليه ، لأنه هلك وهو في يده ، وهو ملكه . وإذا هلك للمبيع كله قبل القبض فإن كان هلاكه بآفة سماوية ( بالقضاء والقدر ) . أو بفعل البائع أو بفعل المبيع فإن البيع يبطل ، ويجب على البائع رد الثمن إلى المشتري إن كان أخذه منه . وإن كان هلاكه بفعل شخص أجنبي خیر المشتري فإن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أمضاه ومنن ذلك الأجنبي قيمته . وإن كان هلاكه بفعل المشتري كان محسوباً عليه ويمتبر أنه استوفى حقه . وما قيل في المبيع يقال مثله في المهر إذا هلك قبل أن تقبضه الزوجة ، وكذا استحقاقه على بعض تفصيل ( ولراجع أحكام المهر ) . وليلاحظ أن عقد الزواج لا يبطل بهلاك المهر ولا باستحقاقه بخلاف البيع .

( خيار فوات الوصف المرغوب فيه ) : اشترى بكرة على أنها حلوب ، أو فرساً على أنه من خيل السباق ، أو فص خاتم على أنه ياقوت أحمر فإذا به ياقوت أصفر ، كان المشتري مخيراً في هذه الحالة بين أخذ المبيع بكل ثمنه أو رده على البائع ، وذلك لقوات الوصف

المرغوب فيه . ولو اصطلاح المشتري مع البائع على أن يعطيه البائع شيئاً من النقود في مقابلة الوصف الفائق وكذا في مقابلة النقص بالمعيب جاز هذا واعتبر خطأ من الثمن . والخيار هنا كخيار العيب ، إذ فوات الوصف المرغوب فيه يجعل المبيع في حكم المعيب بسبب فوات ذلك الوصف . فإذا قبض المشتري المبيع ثم قام به ما يمنع الرد كتعيبه عنده فله أن يرجع في هذه الحالة بمقدار التفاوت فيقوم المبيع مع الوصف المرغوب فيه . ثم يقوم بدونه ، ويرجع من الثمن بنسبة ما بين القيمتين . فلو كانت قيمته مع الوصف عشرين ويدونه خمسة عشر ، وكان قد اشتراه بثمانية عشر فإنه يرجع عليه بأربعة ونصف . وهكذا

وكذا الحكم في المبيع معيباً إذا حدث به عيب جديد وهو في يد المشتري . فإذا مات من له الخيار قام واره مقامه في الرد والمطالبة بالفرق على ما تقدم وهو في ذلك كخيار العيب تماماً .

ولا يدخل خيار الوصف المرغوب فله في الزواج ، فلو وصفت الزوجة بأوصاف رغب الزوج في زواجها ، ثم بانّت خالية من تلك الأوصاف فلا خيار للزوج على قول جمهور الفقهاء . وذهب بعضهم إلى أن له الخيار كما هو الشأن في وجود عيب بهال يعلمه الزوج ولم يرض به .

( خيار النقد ) : إذا اشترى شيئاً على أنه إن لم يتقدم ثمنه إلى مدة كذا فلا بيع بينهما صح ذلك . وللمشتري في هذه الحالة الخيار ، فإن شاء تقد الثمن في المدة المعينة وأخذ المبيع ، وإن شاء فسخ العقد . وكذا لو أعطى المشتري البائع الثمن على أن البائع إن رد الثمن في مدة كذا فلا بيع بينهما صح أيضاً ، والخيار في هذه الحالة للبائع . وهل

اللمدة مقدرة بثلاثة أيام فقط ، أو يجوز أن يتفق على أي مدة يسميها ؟  
 في ذلك خلاف نظير الخلاف المتقدم في خيار الشرط . وهذا الخيار  
 جاز كتخيير الشرط لان الحاجة قد تدعو اليه . وبعضهم جعل بيع  
 الوفاء داخلا تحت هذا الموضوع

(خيار التعمين): إذا قال البائع للمشتري بعتك أحد هذه الأتواب الثلاثة (مثلا) هذا بكذا، وهذا بكذا، وهذا بكذا أولك الخبار في أيها شئت أو على أن تأخذ أيها شئت جاز هذا ويكون المبيع واحدا من هذه الثلاثة لا بعينه حتى إذا قبضها المشتري كان أحدها مبيعا مضمونا . والآخران أمانة في يده . وخيار التعمين جائز للحاجة أيضا لأجل التروى وعرض الأمر على الغير . ولا يجوز في أكثر من ثلاثة أشياء لأن بها تندفع الحاجة لوجود الجسد والوسط والردى فيها . ويجوز أيضا في اثنين بالاولى . ولا يكون خيار التعمين الا في القيميات لأنها هي التي يظهر فيها التفاوت بخلاف المغليات لعدم تفاوتها . وهل يشترط لذلك الخيار مدة معينة ؟ قيل نعم . وفائدة التوقيت أن يجبر من له الخيار على التعمين بعد مضي المدة دفعا للضرر عن الآخر اذا ماطل من له الخيار في التعمين . وقيل لا حاجة الى التوقيت لأن المقد لازم من اول الأمر في أحدها . وانما الخيار في تعمينه فقط . وقد علمت جوابه مما تقدم . فالصواب هو توقيت التعمين بمدة معلومة منعا من اضرار المشتري بالبائع . وقد يصاحب خيار الشرط خيار التعمين وقد لا يصاحبه كأن يقول بعتك أحد هذين القرسين هذا بكذا وهذا بكذا على أني بالخيار كذا يوما . وقد لا يشترط الخيار كما تقدم .



وإذا مات من له الخيار قام وارثه مقامه في التمين لأن لمورثه مالا ثابتا ضمن هذه الاشياء فوجب عليه أن يمينه ويردد ما ليس له الى مالكه ، ويؤدى الثمن من البركة ان لم يكن قد ادى حال الحياة .

### خيار المجلس

قال به الشافعى واحمد ولم يقل به أبو حنيفة واصحابه فاذا اتم عقد البيع صحيحا ايجابا وقبولا ولم يكن ثم خيار آخر مشروط لزم العقد ولو استمر الماقدان في مجلسهما بعد هذا زمنا طويلا . وأما على قول الشافعى وأحمد فإدام الماقدان في المجلس لم يتفرقا بإبدائهما فليسكن منهما الخيار في امضاء العقد وفسخه قبل التفرق عملا بالحديث الصحيح « التبايعان بالخيار ما لم يتفرقا » والمراد التفرق بالابدان لأنه المتبادر من ظاهر اللفظ ، وحمل أبو حنيفة واصحابه التفرق على التفرق بالاقوال فتى تم الايجاب من احدهما والقبول من الآخر فقد افرقا باقوالهما . والمسألة مبسوطة في فتح البارى ونيل الاوطار ، وقد روى الحديث بمبارات والفاظ أخرى

هذا - وقد بقيت خيارات أخرى لم أر داعيا الى ابرائها هنا وربما ذكرتها في الطبعة الثانية مع التوسع فيما ذكرته هنا من الخيارات

### اقتران العقد بالشرط

تقدم في صفحة ( ١٧٧ ) بيان الفرق بين تعاقب العقد على شرط واقترائه بالشرط . والشرط المقترن بالعقد . وكذا الشرط المتفق عليه بين المتعاقدين قبل العقد لكنه لم يذكر في صلبه كلاهما يتضمن

اشتراط أمر زائد ، فيه فائدة لاحدهما او لغيرهما أو تقييد له فوق ما يقتضيه العقد بحسب وضعه الشرعى ، قال العقد بصيغته يقتضى حكمه كالبيع يقتضى ملكية المشتري للمبيع ملكا كاملا فى مقابلة ملك البائع للثمن ملكا تاما . والشرط يقتضى الزيادة المنصوص عليها فيه . وعلى هذا فكل عقد اقترن به شرط يقتضى التزامين او لهما ما يقتضيه العقد بصيغته وثانيهما ما يقتضيه الشرط وكل منهما يطلب الوفاء به

وهذا موضوع اختلفت فيه اقوال الفقهاء من حيث تأثير الشرط فى للعقد بطلانا أو فسادا ففى الأول يبطل الشرط وحده ويصح العقد ، وفى الثانى يؤثر الشرط فى العقد الفساد فيفسد العقد والشرط جميعا ، وكذا من حيث وجوب الوفاء بالشرط مع صحة العقد فيلزم حكم كل منهما ويجب الوفاء به

وقد تكلم شيخ الاسلام ابن تيمية فى هذا الموضوع كلاما كثيرا واحاط بالموضوع فى جميع اطرافه وأتى فى ذلك بما لم يبق بعده قولاً القائل ، وتكلم فيه أيضا تلميذه ابن القيم ببيان موجز فى كتابه اعلام الموقعين

وجلة القول فى هذا هى ان كل عقد وكل شرط لم ينه عنه الشارع فهو جائز يجب الوفاء به ، فالاصل فى العقود والشروط الصحة حتى يقوم الدليل على البطلان كأن يكون الشرط قد تضمن ما حرمه الله تعالى بنص خاص أو عام فى كتابه التلو وهو القرآن أو على لسان رسوله فهو شرط منهي عنه شرطا لا يترتب عليه أثر ملزم وتحرم مباشرته . وماعدا ذلك فهو آت بمقتضى الاباحة الاصلية لان

الكتاب والسنة سكتا عنه فلم يتعرض له أحدهما بالتهى لا بنص خاص ولا عام فهو إذا شرط مباح وكذا يقال في العقد فالعقد والشرط المسكوت عنهما في جانب الإباحة ، وعلى هذا فإذا عقد عاقد عقداً أو شرط شارط شرطاً فقال له قائل عقدك أو شرطك باطل أو فاسد فعلى مدعى البطلان أو الفساد الدليل : وأما العاقد والشارط فليس على أحدهما عبء شيء من ذلك مادام كل منهما متمسكاً بالاذن العام .

هذا ولنعلم أن المعاملات من قبيل العادات لا العبادات ، فالأصل فيها الإباحة إلا ما حرمه الله ونهى عنه - هذا من جهة - ومن جهة أخرى نحن نعتقد اعتقاداً لا شك ولا ريب فيه أن الشريعة الإسلامية عامة أبدية وأنها بالنسبة للأحكام الدنيوية منطبقة على مصالح الناس محققة لتسهيل وصولهم إلى ما يحتاجون إليه في معاشهم من أيسر طريق ، فضلاً من الله ونعمة . ثم نحن نرى العالم في قلب مستمر والمجتمع البشرى لا يستقر على حال ، وعلى هذا فإن حكمة الله تعالى وعده قاضيان بصحة كل عقد وكل شرط لم يردنهي عنه من الشارع أما ما نهى عنه الشارع فيجب أن تجنبه لأن الله أعلم بمصالحنا منا . وقد كان بودى أن أذكر أدلة القائلين بالخطر وأدلة القائلين بالإباحة فيما لم ينه الله عنه ، وأدلة الآخذين ببعض الشروط دون بعض ، لكنني رأيت إرجاء ذلك إلى الطبعة الثانية بمشيئة الله تعالى وعونه غير أنني سأذكر هنا خلاصة ما جاء في المذهب الحنفي وما لا بد منه من المذاهب الأخرى مع الإيجاز .

كل ما كان مبادلة مال بمال أو منفعة فانه يفسد بالشروط الفاسدة

وهي زيادة مالا يقتضيه المقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل مال خال عن العوض ، وهذا هو الربا . ولا يتصور ذلك إلا في المعاوضات المالية كالبيع والاجارة . أما المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع والتبرعات فلا يتصور فيها هذا . وإذا لا تبطلها الشروط الفاسدة .

غير أن الشرط إذا جاء بجوازه الشرع كشرط تأجيل الثمن في البيع ، أو جرى به العرف فانه يجب العمل به كالذي يبيع لك ساعة ويشترط لك اصلاحها لمدة سنة مجانا ، وكذلك الشرط المؤكد لقتضى العقد كاشتراط الرهن أو الكفيل بالثمن وعلى ذلك فالشروط الجائزة هي التي يقتضيها العقد بحيث لو لم يعرّج بها كانت واجبة بطبيعة العقد كاشتراط تسليم المبيع إلى المشتري بعد تأديته الثمن واشتراط الزوجة على زوجها أن يقوم بالاتفاق عليها ، وأن يؤدي اليها مهرها . والشروط التي تلائم المقد وتؤكد موجهه كما مثلنا وكاشتراط المشتري على البائع الكفيل بالثمن عند ظهور مستحق للمبيع (ضمان الدرك) واشتراط الزوجة على الزوج احضار كفيل أو رهن بالمهر . وكذا الشروط التي ورد بجوازها الشرع كاشتراط تأجيل الثمن أو تقسيطه ، وتأجيل المهر كذلك ، وكذا الشروط التي يجري بها العرف كما مثلنا ، وهذا يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة .

وأما غير ذلك من الشروط إذا كان فيه منفعة لأحد المتعدين أو لأنسان آخر غيرها فانها شروط فاسدة وتفسد عقود المعاوضات المالية كالبيع ونحوه لما فيها من معنى الربا على ما أسلفنا ، ولأن المطالبة بها تؤدي إلى النزاع لأن لها مطالباً معيناً من أهل الاستحقاق ، أما إذا كان النفع فيها

لغير إنسان فقد قالوا ان العقد صحيح والشرط باطل كما لو باعه فرسا واشترط عليه أن يطعمها طعاما معيناً ولا يركبها الى مسافات طويلة ونحو ذلك ، فالبيع صحيح والشرط باطل لأنه شرط ليس له مطالب من أهل الاستحقاق . وليلاحظ أن الشروط التي يجيزها الشرع أو يجري بها العرف فيها منفعة لاحد العاقدين ، لكنها مستثناة شرعاً أو عرفاً . والعرف في الشرع له اعتبار

وأما في غير عقود المعاوضات المالية كالزواج والتبرعات كالهبة فالشرط باطل والعقد صحيح . وقد يصح بعض الشروط مع الهبة وغيرها على ما بين في موضعه .

والحاصل ان الشروط بالنسبة لعقود المعاوضات المالية ثلاثة أقسام شروط صحيحة فتصح هي ويصح معها العقد ، وهي الشروط التي يقتضيها العقد أو يلائمها أو ورد بها الشرع أو جرى بها العرف وشروط فاسدة في نفسها ، ويفسد بها العقد أيضاً . وهي الشروط للتقدمة إذا كان فيها نفع لاحد العاقدين أو لغيرهما من أهل الاستحقاق ولم تكن على الوصف المتقدم وشروط تبطل هي ويصح العقد وهي للشروط التي فيها منفعة لغير أهل الاستحقاق .

ويدخل تحت عقود المعاوضات المالية البيع ، والشراء ، والاعجار ، والاستئجار ، والمزارة ، والمساقاة ، والصلح عن مال ، واجازة هذه العقود .

وأما عقود المعاوضات غير المالية والتبرعات فانها تصح مع أي شرط كان .

وأما الشرط فإن كان من مقتضيات العقد أو ملائماً له صحح هو أيضاً والابطل وُحده .

ومن عقود المعاوضات غير المالية الزواج والخلع على مال .  
ومن عقود التبرعات الهبة والقرض والاعارة والوصية . هذا جملة ملجاء في المذهب الحنفي في الشروط المقارنة للعقد أى التى تكون في صلب العقد .

وأما الشروط التى تشترط قبل العقد ولا تذكر في صلبه ففيها خلاف بين الفقهاء . وهاك جملة القول في ذلك :

المشهور في مذهب الشافعى ومذهب أبى حنيفة وهو قول لأحمد ان الشرط المتقدم لا يعتبر كلقارن فلا تأثير له في العقد أصلاً وهو كالوعد المطلق لا يجب الوفاء به قضاء ويجوز العدول عنه ، وربما لا يتذكره الماقدان وقت العقد .

وذهب مالك وأحمد في قوله المشهور إلى أن الشرط المتقدم كالشرط المقارن ، فإذا اتفقا على شيء وعقد العقد بعد ذلك فهو مصروف إلى المعروف بينهما مما اتفقا عليه . وإلى هذا ذهب فقهاء الحديث . وذهب بعض أصحاب أحمد إلى أن الشرط المتقدم إذا كان رافعاً لمقصود العقد كالإطاعة على كون العقد تلجئة أو تحليلاً التحقق بالعقد فأبطله ، أما إذا كان مغيراً له كاشتراط أن المهر أقل مما يسمى في العقد أمام الناس بمقدار كذا فإنه لا يؤثر في العقد

هذا وما يأذن به أحد الماقدنين للآخر أو يبيعه له أو يهبه له بعد تمام العقد ولزومه بينهما فهو جائز بلا خلاف لا انفصاله عن العقد ،

فهو تبرع محض وذلك كما اذا أذن الراهن للمرتهن أن ينتفع بالرهن  
جاز ذلك ولا حرج فيه. أما اذا كان الشرط في صلب العقد فالرهن  
صحيح والشرط باطل. وكذا لو وهب المقرض للمقرض شيئاً من ماله  
بمداخلة العقد على ما أسلفنا

وبالجملة فالشرط المؤثر هو ما كان في صلب العقد بالاجماع ،  
وكذا ما كان سابقاً عليه على قول مطلقاً : أو على تفصيل  
في المسألة .

### قوة العقد ومداه ومن اين استمدت ؟

العقد متى تم بشروطه ترتب عليه التزام كل من العاقدين  
للاخر بما التزم به له بحكم العقل والشرع . وعلى هذا يكون كل واحد  
منهما مدينًا ودائنًا لصاحبه ، مدينًا بما التزم به لصاحبه ، ودائنًا بما  
التزم له صاحبه به . وعلى هذا يجب على كل منهما الوفاء لصاحبه بما  
التزم فان لم يقم بذلك من تلقاء نفسه كان الحكم للشرع فيجبر القاضى  
المتعنت منهما على الوفاء بحكم الشرع وقوته

وما وجب على كل منهما بمقتضى العقد لصاحبه ثابت عليه  
وحده لا يمدوه إلى غيره ، لأنه التزمه باختياره ، وكذلك ما ثبت  
له من الحق قبل صاحبه فهو له وحده لا يشاركه فيه غيره . وليلاحظ  
ان المراد بالعاقدين هنا هما العاقدان الاصيلان إذا باشرا العقد  
بأنفسهما ، أو باشره غيرهما لأجلهما ، على ما أسلفنا . وهذا ظاهر  
لاخفاء فيه .

هذا - وليعلم ان الاجماع انعقد في الشريعة الاسلامية على أن الانسان إذا مات خلفه وارثه فيما ترك مما يورث عنه شرعا (١) مع استقلال كل منهما بشخصيته . فلا تندمج شخصية المورث في شخصية الوارث بل تزول وتنقطع بموته

وعلى هذا لا يلزم الوارث بأداء شيء من ماله الشخصي وفاء لما كان على المورث من الالتزامات إلا إذا تفضل وتبرع من تلقاء نفسه . والواجب أولا تقديم تجهيز المتوفى وتكفينه من ماله الذي تركه ؛ ثم وفاء ما عليه من الديون ثم تنفيذ وصاياه في حدود ما أذن به الشرع والباقي بعد ذلك يكون للوارث على سبيل الصلة

. وقد استمد العقد فوته هذه من قول الله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وغيرها من الآيات السكرينة التي جاءت بهذا المعنى . وكذلك من حكم العقل بوجوب استفرار المعاملات ؛ إذ لو لم يكن للعقود قوتها لم تنتظم معاش الناس بل كانوا في حالة مستمرة من النزاع والشقاق ، يتمسرفيها وصول كل واحد إلى ما يقوم بحاجاته الضرورية في هدوء وطمأنينة

---

(١) انظر كتابنا التركة والحقوق المتعلقة بها . فيه بيان أقوال الفقهاء فيما يكون تركه وما لا يكون مع ذكر أدلة كل فريق بتمتعي الاستيفاء ، عما لا يجتمع في غير كتابنا هذا . وفيها مسألة مطالبة الوارث بحقوق المورث التي ألزم بها غيره له والقيام بما على المورث في ذلك لغيره ، مما لا يتسع له المقام هنا .



## الوعد

هو انشاء المخبر به معروفا في المستقبل ويفرق بينه وبين الالتزام بالعقد بالقرائن إذا كان الاخبار عن العقد بصيغة المضارع ، أما إذا كان بصيغة الماضي فلا يحتاج إلى قرينة

والوعد يجب الوفاء به ديانة ومروءة بالاجماع ، وأما الوفاء به من جهة القضاء بأن يلزم القاضى الواعد بالوفاء بما وعد ، ففي ذلك ثلاثة مذاهب :

### الأول : -

مذهب ابن شبرمة ان الوعد على أى صورة كان لازم ويقضى به على الواعد ويجبر على تنفيذه .

ودليل هذا المذهب قوله تعالى : « كبر مقتا عند الله أن تقولوا مالا تملكون » وقوله ﷺ : « أربع من كن فيه كان منافقا خالصا ، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها : إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر . »

وفي حديث آخر صحيح : « من علامة النفاق ثلاثة وان صلى وصام وزعم انه مسلم : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا أوتعن خان . »

لكن الجمهور حملوا ذلك على الوفاء ديانة وان خير آله أن يفعل لسكنه لا يجبر قضاء . وهذا هو المذهب الثاني وهو مذهب الجمهور .

### الثالث :-

مذهب مالك - على القول الصحيح - ان الوعد يلزم الواعد  
ويقضى به إذا دخل الموعد بسبب الوعد في شيء . مثال ذلك  
أن يقول لك شخص اني اريد أن أهدم دارى ولكن ليس عندى  
من المال ما اعيد به بناءها ، فتقول له اهدم دارك وأنا أسلفك ماتبتها  
به ، فيهدمها معتمداً على وعدك فانه يجب عليك الوفاء بما وعدته به ،  
فان لم تفعل قضى عليك بما التزمته بوعدك ، لأنك أدخلته بوعدك  
فيما فعل .

### النذر

هو ايجاب الانسان على نفسه باختياره شيئاً من جنس ما أوجبه  
الله عليه من العبادات تقرباً الى الله تعالى ، كأن يقول لله على أن  
أنصق على الفقراء بكذا أو أن أصلى كذا ركعة أو أن أصوم كذا  
يوماً أو أن أحج . وقد يكون النذر بصيغة التعليق كأن شفى الله  
مريضى فله على كذا الخ . والنذر عقد بين المبد والرب فيجب الوفاء  
به كسائر العقود . قال تعالى : « وليوفوا نذورهم » وقيل في مقام المدح :  
« يوفون بالنذر »

وهل يدخل النذر تحت القضاة بمعنى ان من نذر نذراً فلم يف به  
هل يلزمه القاضى ويجبره على الوفاء به ، كمقود الناس بعضهم  
مع بعض ؟

قال الجمهور - لا - سواء أكان النذر لانسان معين ، كأن

يصرح بأن يتصدق على فلان أو كان لجماعة معينين . كأن يقول  
ان شئ الله مريض فله على أن أتصدق على فلان بكذا ؛ أو على خدمة  
المسجد الفلاني .

وعلموا ذلك بأن النذر قريبة ، ولا بد فيها من النية ؛ والالزام يتناقى  
نية التمرة ، فالوفاء بالنذر واجب بين العبد وربّه من جهة الديانة ، فان  
فعل فقد أوفى بنذره ، والافعليه الأثم

وأما على مذهب مالك فان كان النذر لغير معين كالفقراء فلا  
يقضى به على المشهور لعدم تعيين المدعى صاحب الحق في النذر .  
وان كان لمعين قضى له به كما هو الحكم عنده في سائر ما يلتزم به  
الانسان من التبرعات لغيره .

هذا - وقد استوفيت الكلام في النذر في كتابي التزام  
التبرعات ، وفي هذا الذي ذكرته هنا الكفاية بالنسبة لموضوع  
مذكرتنا المختصرة

### تتمة

قال ابن حزم : ان الوفاء بحقوق الله تعالى واجب وهو مقدم  
على الديون التي للناس ؛ فان قصر الانسان في شيء منها ومات على ذلك  
أخذ ما عليه من حقوق الله تعالى من تركته من رأس مال التركة ؛  
ولا شيء للغيراء حتى تقضى ديون الله كلها ثم ان فضل شيء قلل غيراءه ،  
( انظر المحلى ) وانظر كتابنا ( التركة والحقوق المتعلقة بها ) ففيه مذهب  
الفقهاء في ذلك مستوفاة جدا .

## المبحث الرابع

في

### انتقال الالتزام

ويكون ذلك اما بحواله الحق ، واما بحواله الدين .

ومعنى الحواله فى الأصل نقل الشيء من مكان الى مكان . وعلى هذا الأساس سمي نقل الحق من دائن الى دائن ونقل الدين من مدين الى مدين بالحواله .

والأصل فى هذا الحديث المتفق عليه « مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع » وفى لفظ لأحمد « ومن أحيل على مليء فليعتل » وفى رواية عن ابن عمر « مطل الغنى ظلم ، وإذا أحلت على مليء فاتبعه . »

المطل هو تأخير ما استحق اداؤه بغير عذر مع القدرة على الاداء . والحديثان يدلان على أنه يجب على من أحيل بمحقه على مليء أن يقبل الحواله عليه . والى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة . وحمل الجمهور على الاستحباب .

### حواله الحق

ومسورة حواله الحق أن يكون خالد مدينا لبكر بمبلغ

مائة جنيه مصرى (مثلا) وبكر مدين بمثلها لزيد فيتفق بكر مع زيد على أن يأخذ زيد المائة التى لبكر عند خالد صحت هذه الحوالة وكانت بيع دين بدين وهو جائز عند الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ولا يشترط رضا خالد لأنه محل استيفاء فقط وللبيع أن يسلط المشتري على استيفاء المبيع من محله ، وكذا الحكم لو كان الذى لبكر عند خالد عين مضمونة أو أمانة وجعلت موضوع الحوالة وكذا يجوز هبة الدين الذى لبكر فى ذمة خالد لخالد مدينه أو لزيد أو لشخص آخر غيرهما . وبالجلة فله فيه التصرف كيف شاء

وأما عند أبى حنيفة فإن هذا النوع من الحوالة لا يصح : لأنه بيع الدين بالدين ، وقد ورد النهى عنه ، وجواب هذا من قبل الأئمة الثلاثة أن الحاجة قضت باستثناء هذا .

أقول

روى عن ابن عمر « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » ، رواه الدار فطنى . قيل فى تفسيره . بيع الدين بالدين وقيل بيع النسبىة بالنسبىة . وعلى فرض أنه بيع الدين بالدين فقد استثنى منه الأئمة الثلاثة حوالة الحق . ومع ذلك فهذا الحديث ضعيف السند جدا تفرد به موسى ابن عبيدة اليربى وقد قال فيه الامام أحمد لا تحمل الرواية عنه عندى ، قال ولا أعرف هذا الحديث عن غيره . وقال الشافعى أهل الحديث يوهنون هذا الحديث لسكن فى قيل الاوطار أن اجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين

أقول هل نم دليل وراء ما تقدم يستند اليه هذا الاجماع

بمدا سمعت ما قيل آتفا وإذا كان فلم لم يتم به الشوكاني الموضوع بل  
اكتفى بقوله ان اجماع الناس على هذا ؟

نحن لانكتفى منه ولا يمن هو أكبر منه إلا بإيراد ما يؤيد ما يقوله  
من نقل أو عقل . وقد تكرر منه مثل هذا في عدة مواضع من كتابه  
كما يعلم بالتبعية ، وخلاصة الكلام في حوالة الحق أنها عقد بيع بين اثنين  
فيه كل واحد من المبيع والثمن دين - وقد يكون المبيع غير دين - كما  
أسلفنا - فيستوفى المشتري المبيع من دين البائع ولا يشترط رضا المحال  
عليه لانه محل استيفاء لا دخل له في العقد

#### حوالة الدين

هي إحلال مدين محل مدين . فإذا كان لزيد على بكر دين مقداره  
مائة جنيه ( مثلا ) فاحال بكر زيدا على خالد ليأخذ زيد دينه الذي له  
على بكر من خالد ، فيكون هو المحيل وزيد هو المحال وخالد هو المحال  
عليه . فإن كان لبكر في ذمة خالد دين ، أو كان له عنده مال أمانة  
أو مضمون وقيدت به الحوالة صححت وسميت بالحوالة المقيدة ، وإن  
يكن لبكر دين في ذمة خالد ، ولا مال تحت يده مضمون أو أمانة  
أو كان له شيء من ذلك ولكن لم تربط الحوالة به بل رضى خالد بأن  
يلتزم بأدائها من ماله الخاص صححت الحوالة أيضا وسميت بالحوالة  
المطلقة .

ولا بد من رضا الجميع في كلتا الحوالتين ، المقيدة والمطلقة ، فإما  
المحال عليه ( خاند ) فلانه هو الملتزم بدفع دين الحوالة ، وقد يكون  
من ماله الخاص ، وقد يضم عليه كما في أحوال التوى في الحوالة المطلقة

وأما المحال (زيد) فلائن في الحوالة انتقال حقه إلى ذمة أخرى، والذمم متفاوتة. وأما المحيل (بكر) فلائن ذوى الرواءات يأفون من تحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاه. وقيل لا يشترط رضا المحيل (أى المدين الأصلي) لأن التزام الدين من المحال عليه تصرف في حق نفسه (أى في الحوالة المطلقة) والمحيل لا يتضرر بل في ذلك منفعة له لأن المحال عليه لا يرجع عليه إذا لم تكن الحوالة بأمره، على ما بين في موضعه :

ومن هنا يتبين لك بأجلى وأوضح بيان أن حوالة الحق أى حلول دائن محل دائن - على ما ذهب إليه الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد - لا يشترط فيها رضا المحال عليه ، للسبب الذى بيناه هناك . وأن حوالة الدين وهى إحلال مدين محل مدين يشترط فيها رضا المحال عليه حتماً ، لما بينا آنفاً . فليكن كل هذا على ذكر منك  
بعد هذا البيان الناصح  
« أقول »

جاء في المادة (٤٣٥) من القانون المختلط أخذاً من القانون الفرنسى مانصه « تنتقل ملكية الحق المبيع من البائع إلى المشتري بمجرد تراضيهما »

فلم يشترط هنا رضا المدين تبعاً للقانون الفرنسى . ولم يتعرض القانون المختلط لحوالة الدين .

وجاء في المادة (٣٤٩) أهلى مانصه « لا تنتقل ملكية الديون والحقوق البيعة ولا يعتبر بيعها صحيحاً إلا إذا رضى المدين بذلك الخ »

فلاشترط هنا رضا المدين وأن يكون كتابة الخ؛ قالوا ان هذا مأخوذ من الشريعة الاسلامية - أى اشتراط رضا المدين فى حوالة الحق .  
انظر المجموعة المدنية للاستاذ محمد كامل بك مرسى المطبوعة فى مارس سنة ١٩٤٠ ص ١٦٨ رقم ٤ هامش . وانظر موجز الالتزامات للاستاذ السنبورى بك صفحة ٥٢٨ . وقد جاء فى صفحة ١٢٢ من مقالته (وجوب تنقيح القانون المدني ) مانصه : ويتطلب القانون الاهلى دون القانون المختلط رضاء المدين فى حوالة الحق ( م ٣٤٩ ) جريا على حكم الشريعة الاسلامية فى ذلك ( م ٨٨٢ ) مرشد الخيران . وجاء فى الموجز ص ٥٢٨ مانصه : إلا أن القانون الأهلى متبعا فى ذلك أحكام الشريعة الاسلامية جعل حوالة الحق لا تتم إلا برضا المحال عليه ( أى المدين ) فاركأن الحوالة فى هذا القانون إذا ثلاثة رضاء المحيل ورضاء المحال له ورضاء المحال عليه . وقد أبى القانون الأهلى كما أثبتت الشريعة الاسلامية أن يتغير على المدين دائنه فينتقل الحق الى دائن آخر دون رضا المدين وجاء فيه ص ٥٣١ مانصه : أما القانون المختلط فقد اقتضى أثر القانون الفرنسى لالشريعة الاسلامية إذ هو لا يشترط رضا المدين المحال عليه ، ويكتفى برضا المحيل والمحال له

ثم بين لنا فى كلامه فى حوالة الدين أن القانون الالمانى والقانون السويسرى كلاهما نظم حوالة الدين . وأورد جملة صالحة من ذلك ص ٥٤٩ ومابعدها . وقد جاء فى رسالة الدكتور شفيق شعاعه ص ١١٦ مانصه : لا تنتقل الحقوق فى التشريع الاسلامى بين الاحياء النخ وقال فى ص ١٩٢ أما التحويل بالمعنى المعروف فى القوانين الحديثة فلا يصح أبدا



في التشريع الاسلامي . : وقد قال البعض ببطلانه ، وقال البعض بفساده ؛ انتهت عبارته بنصها . وقد كنت أود أن يترث فيما كتبه في الحوالة وألا يتمجّل لأن أمانة النقل تقضى بذلك  
« ثم أقول »

إن الشريعة قد ظلمت في قضية الحوالة منذ وضع القانون المدني الأهل أي من مدة ٦٢ سنة وباليات الذين اشتغلوا بالقانون المدني تطبيقاً وشرحاً قد تذبذبوا إلى سبب هذه المشكلة التي خلقها ذلك المحامي الفرنسي الذي وكل إليه اقتباس القانون الأهل من القانون الفرنسي .

وهاك بيان السبب في منشأ الغلط

القانون المختلط تبعاً لأصله لم يشترط رضا المحال عليه في حوالة الحق وكذا مذاهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد لم يشترط فيها هذا الشرط للمعنى الذي يبناه هناك ، وهذه المذاهب من الشريعة الاسلامية بلاشك ولا ريب فالقانون الفرنسي في هذه المسألة لا يخالف الشريعة الاسلامية ، وأن الحقوق في الشرع الاسلامي تنتقل بين الأحياء بطريق الحوالة ، وأن التعويل بالمعنى المعروف في القوانين الحديثة صحيح قطعاً في التشريع الاسلامي قبل أن تستيقظ أوروبا من سباتها وتفتح عينيها على ضلوة المدنية الاسلامية الباهر شرقاً وغرباً منذ القرن العاشر الميلادي .

هذا وليعلم أن مذهب مالك رضي الله عنه قد كان يرضى سنه ويخرجه بحره في بلاد الاندلس إبان العصور الوسطى التي عمت فيها

ظلمات الجهل أوريا كلها لولا قبس من نور العلم والعرفان كان يحمله طلاب العلم من إيطاليا وفرنسا وإنجلترا وغيرهما من جامعات الاندلس المديدة التي كانت أبوابها مفتوحة لسكل طالب علم بلا شرط ولا قيد ( انظر تاريخ الكنيسة لموسمهم في مواضع متعددة منه ) فلا عجب إذا أن توجد موافقة بين القانون الفرنسي ومذهب الامام مالك . وإذا يجب اصلاح هذه الغلطة التي استحكمت الاحالة على المعاش لبلوغها السن القانونية بل تجاوزتها بسنتين فلا يقال بمد الآن أن القانون المختلط تبعاً لأصله القانون الفرنسي يخالف الشريعة الاسلامية في اشتراط رضا المحال عليه في حوالة الحق فالشريعة تشترطه والقانون الفرنسي لا يشترطه ، والحقيقة أن القانون والشريعة كليهما لا يشترطانه ، كما أوضحنا .

وأما القانون الاهلي فقد اقتبس واضعه اشتراط رضا المدين في الحوالة من مذهب الامام أبي حنيفة - ومن هنا جاء الغلط - أما أولاً فلا أبو حنيفة ولا أحد من أصحابه يقول بحوالة الحق بل للمذهب الحنفي في هذا - قولاً واحداً - هو أن هذا عمل باطل لأنه بيع الدين بالدين كما أسلفنا . وأما ثانياً فلا أن المذهب الحنفي انما يقول بجواز حوالة الدين ويشترط رضا المدين ( المحال عليه ) ورضا المحيل كما شرحنا ذلك فيما تقدم . فنشأ غلط واضع القانون الاهلي أنه اقتبس شرطاً اشترط لحوالة الدين ، اقتبس لحوالة الحق مع أن القائل بالأول (أبا حنيفة ) يقول يطلان حوالة الحق التي يقول بها القانون الاهلي ، وأما القائلون بحوالة الحق فلا يشترطون هذا الشرط ، وبهذا تبين

لك بياناً جلياً ، بدأ الخلط . في هذه المسألة .

والحاصل أن كلا من نوعي الحوالة . حوالة الحق وحوالة الدين .  
. وجود في الفقه الاسلامي في كتب المذاهب الاربعة وغيرها وقد  
وضعت قواعد كل من النوعين ، أحكامه بمنتهى الدقة والتفصيل وحسن  
الترتيب والتقسيم . وفي الطبعة الثانية سأفرد لذلك باباً خاصاً آتي  
فيه بكل ما يدعو اليه الحال عندنا مع استيفاء البحث الفقهي في  
الموضوع كله . بعون الله تعالى ومشيتته .

### المبحث الخامس

في

#### انقضاء الالتزام

رأيت أن أرجىء الكتابة في هذا الموضوع وبيان أحكامه  
بالتفصيل الى الطبعة الثانية : وذلك لأن مما يتناوله الكلام موضوعات  
كان يجب ان تذكر من قبل كتعدد الدائنين والمدينين ومسائل  
التضامن والدين المشترك مما منع ضيق الوقت من ذكرها لكنني سأشير  
هنا الى أسباب انقضاء الالتزام مع ذكر بعض الأمثلة لاعطائه  
صورة لكل سبب

١ - وفاة الملتزم بما التزمه

هو أن يقوم المدين بما التزمه كتسليم البائع المبيع الى المشتري  
وأداء المشتري الثمن الى البائع . ورد المقرض الدين الذي اقترضه الى  
المقرض وعمل الصانع ما اتفق معه على عمله . وفق الاتفاق تماماً . في  
١٥٠ - الالتزامات

عقد الاستصناع وتسليمه الى الطرف الاخر . والقيام بما التزمته الزوجة من المال في مقابل امتناعه من الزوج بغيرها مع وفائه هو بذلك  
٢ - عدم امكان التنفيذ لملك المعقود عليه أو تعذر الحصول عليه  
٣ - ابراء الدائن مدينه مما التزم به له

كأن يكون لزيد في ذمة بكر ١٠٠٠ جنيه من مبيع أو دين  
قرض ( مثلا ) فيبرئه منها كلها فينتهى بذلك التزام الدين لقراغ ذمته  
بالبراءة . وإذا ابراء من بعضها لم يبق له الامطالبة بالباقي ومن ذلك  
ابراء الدائن مدينه الاصلى فيبرأ بذلك كفيله بالدين ومن ذلك ابراء  
الزوجة زوجها من مهرها كله أو بعضه

٤ - استبدال دين جديد بالدين الاصلى

مثال ذلك

ان يكون زيد مدينا لبكر بمائة أردب من القمح فيتفغان على  
ان يلتزم الدين بشمير تساوى قيمته قيمة القمح بدلا منه ، وكأن يكون  
زيد مدينا لبكر بمبلغ عشرين جنيا أجره منزل استأجره زيد مملوك  
لبكر فيتفق معه على ان يبقى ذلك الدين بذمته على سبيل القرض

٥ - المقاصة

مثال ذلك إن يكون زيد مدينا لبكر بمبلغ خمسين جنيا مصريا  
ذهبا ثمن مبيع اشتراه زيد من بكر ، وبكر مدين لزيد بخمسين جنيا  
مصريا اقترضها منه فيكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر فيلتقى الدينان  
قصاصا لتساويهما ، وكذا اذا كان دين أحدهما يزيد على دين الآخر  
فالقصاص يكون في القدر المشترك ويبقى أحدهما مدينا للآخر بما زاد

## ٦ - اتحاد الذمة

إذا كان زيد مدينا لأخيه شقيقه بكر بمبلغ ألف جنيه مصري (مثلا) ثم مات بكر الدائن وأيس له وارث إلا أخوه زيد فيرث زيد من ضمن ما يرثه عن بكر هذا الدين وبذا يكون زيد مدنيا ودائنا لحلولة محل الدائن المورث فإذا طالب بالدين فهو أنا يطالب نفسه ليأخذه لنفسه وذلك لاتحاد ذمته فيسقط الدين لعدم الفائدة في المطالبة

٧ - التقادم

عد في القانون التقادم في اسباب انقضاء الالتزام . وليس التقادم من اسباب انقضاء الالتزام في الشرع الاسلامي . وذلك لأن الحق قديم لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بذمة من هو عليه لمن هو له حتى تبرأ ذمته بالاستيفاء أو الإبراء وأنا تقادم الزمن يؤثر في منع سماع الدعوى إذا كان المدعى عليه منكرا للحق وقد نوافرت أسباب المنع على ما بين في مواضعه بيانا مفصلا

هذا

وأرجو ان تكون الكتابة الثانية وافية جدا ومحرة ومنقحة . والحمد لله أولا وآخرا . وصلى الله على محمد وعلى آله وصحبه وسلم .

والمود أحمد : والأمر كله بيد الله

أنهى

تنبيه

قد توجد في هذه المذكرة بعض أغلاط مطبعية لا نحقق  
ولضيق الوقت لم أتمكن من مراجعتها

## فهرس المذكرة

صفحة	
٤	مقدمة في التعريف بالشرع الاسلامى
١٧	معنى الفقه
٢١	تعريف الالتزام
٢٣	الشيء الملزم به
٢٩	الملزم
٣٠	الملزم له
	مصادر الالتزام
٣٣	تمهيد
٣٥	تعدد مصادر الالتزام
	العقد
٤١	تعريفه واطلاقة على الارادة المنفردة
٤٢	عمل الارادة
٤٥	هل يجب انضمام شيء الى الارادة ليم العقد ؟
٤٨	تقسيم العقود الى مجموعات
٥٢	المبحث الأول من مباحث العقد فى تكوينه شرعا ومثاله
	اتصال بذلك
٥٢	الوجود الحسى والوجود الشرعى للعقد
٥٢	استطراد فى الارادة المنفردة قانونا وعملها

	صفحة
أركان القعد	
ركن العقد الذي يتم بإرادة واحدة	٥٧
ركن العقد الذي يتوقف وجوده على توافق ارادتين .	٥٩
ربط القبول بالإيجاب	
مجلس القعد	٦٣
موافقة القبول للإيجاب	٦٥
ما يعبر به عن الإيجاب والقبول . اللفظ . الإشارة . الكتابة	٦٧
الرسالة . المعاينة . السكوت	
الارادة الظاهرة والارادة الباطنة وبحث الموضوع بحثا	٧٦
وافيا	
حكم القانون في الارادتين	٩٢
محل القعد	٩٥
السبب والباعث ( القصد في العقود )	٩٨
عيوب العقد المؤثرة فيه	١٠٠
الاكراه . الغلط . التدليس . الغبن	
الأهلية	١٠٩
أهلية الوجوب . أهلية الأداء . أدوار الأهلية الأربعة	
عوارض الأهلية	١٣١
الجنون . العته . السكر . السفه	
تصرفات المريض بمرض الموت	١٤٧
لثابة في التعاقد	١٥٧



صفحة	
١٥٨	الوكالة
١٦٦	تولى الشخص الواحد طرفي العقد
١٦٩	المبحث الثاني في أوصاف صيغة العقد
	تنجيز . تعليق . إضافة إلى المستقبل . اقتران كل بالشرط
١٧٧	تقسيم العقود من حيث تعليقها وإضافتها إلخ
١٨١	الأدوار التي يمر بها العقد وبيان أحواله في كل أدواره
	باطل . فاسد . صحيح . موقوف ، نافذ . لازم
١٩٠	المبحث الثالث في حكم العقد أى الآثار المترتبة عليه
	وبيان حكم كل من العقود المذكورة آنفا
١٩٣	الخيارات
	خيار الشرط . خيار الرؤية . خيار العيب . خيار تفريق
	الصفقة . خيار فوات الوصف المرغوب فيه . خيار
	النقد . خيار التعيين . خيار المجلس
٢٠٧	اقتران العقد بالشرط
٢١٣	قوة العقد ومداهها ومن أين استمدت
٢١٥	الوعد وأقوال الفقهاء فيه
٢١٦	التنذر
٢١٨	المبحث الرابع في انتقال الالتزام
	حوالة الحق
	حوالة الدين
٢٢٥	المبحث الخامس في انقضاء الالتزام





## المؤلف في كلمات

١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م

أحمد إبراهيم : فقيه باحث مدرس . من أهل القاهرة . تخرج بدارالعلوم  
سنه ١٣١٥هـ . واحترف التعليم فكان مدرس الشريعة في مدرسة القضاء الشرعي ثم في كلية  
الحقوق . وكان من أعضاء المجمع اللحوي . امتاز بأبحاثه في المقارنة بين المذاهب  
والشرائع . له نحو (٤٥) كتاباً ، منها « أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية »  
و« النفقات » و« الوصايا » و« طرق الاثبات الشرعية » في الفقه المقارن  
و« أحكام الهبة والتوصية وبصرفات المريض »  
وكان سمح الخلق ألوفاً  
مع النفس .<sup>(١)</sup>

الأمدم للزركلي

(ج - ١)

(ص - ٨٦)

Bibliotheca Alexandrina



0582937